المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامع الخامس عشر والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١هـ - ٦١٦هـ

عني بإخراجه وتحقيقه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد العشرون

إدارة القرآن | المجلس العلمي

كتاب الجنايات

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية وعشرين فصلاً :

الفصل الأول : في بيان أنواع الجنايات وأحكامها .

الفصل الثاني : في الجناية على النفس ما يجب بها القصاص وما لا يجب .

الفصل الثالث : في بيان أصناف الدية .

الفصل الرابع : في الجنايات فيما دون النفس ما يجب فيها القصاص ، وما يجب فيها الدية ، وهو أنواع : منها : في الشجاج وفيه حكومة العدل ، ومنها : في شعر الرأس وغيره ، ومنها : في جلدة الرأس أو البدن ، وفي لحم الخدين والظهر والبطن والذقن ، وفي اللطمة والوكزة وأمثالها ، ومنها : في الأذن ، ومنها : في العين ، ومنها : في الأنف ، ومنها : في الشفتين ، ومنها : في الأسنان ، ومنها : في اللسان ، ومنها : في اللحيين ، ومنها : في اليد والأصابع ، ومنها : في الضلع والثدي والذكر والأعضاء المتفرقة ، ومنها : في الجناية على أطراف الصبيان والنسوان ، ومنها : في تقدير الأشياء التي يجب بإتلافها الدية فيما دون النفس ، ومنها : في الجناية تقع على عضو ويتعدى إلى آخر ، ومنها : في مسائل التداخل .

الفصل الخامس : فيما يجب على القاتل من ضمان الجنايات وما لا يجب .

الفصل السادس : في معرفة العاقلة وكيفية تحملهم .

الفصل السابع : في بيان من يستحق القصاص ، ومن يثبت له ولاية الاستيفاء .

الفصل الثامن : في الجنايات على نفس الرقيق وأطرافهم .

الفصل التاسع : في جنايات الرقيق .

الفصل العاشر : في جناية المكاتب والمدبّر وأم الولد ، والجناية عليهم .

الفصل الأول

في بيان أنواع الجنايات وأحكامها

١٩٠٥٩ - فنقول: الجناية الواردة على الآدمي نوعان: نوع يرد على النفس، ونوع يرد على الطرف، والنوع الوارد على الطرف يسمى قطعاً وجرحاً وشجة، والنوع الوارد على النفس يسمى قتلاً، فنبدأ ببيان النوع الوارد على النفس وأحكامه؛ لأن أمر النفس أهم.

فنقول: وبالله التوفيق، القتل الموجب للضمان على ثلاثة أوجه: عمد، وخطأ، وشبه عمد، وهو معنى قول محمد رحمه الله في الأصل: القتل ثلاثة. فالعمد أن يتعمد الإنسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحاً نحو السيف والسكين والرمح أو لم يكن سلاحاً نحو الإبرة والأشفى، وسواء كان له حدة يبضع بضعة أو ليست له حدة يرض رضاً كالعمود وسنجة الميزان، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا قود إلا بالسيف»[1]، وفي رواية: «لا قود إلا بالسلاح»، وفي رواية: «لا قود إلا بالحديد»، فهذا يبين لك أن العبرة في هذا الباب للحديد، هذا كله على رواية الأصل.

وفي المنتقى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: في رجل ضرب رجلاً بإبرة أو شيء يشبه الإبرة متعمداً، وقتله فلا قود، وفي المسلة فيها القود.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في ديات الأصل في الإبرة أنه إذا أصاب المقتل يجب القود.

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه ٤/ ١٥ حديث (١٣٩٤) وابن ماجه في سننه أيضاً ٢/ ٨٨٨ و٨٨٩ حديث (٢٦٦٧ و٢٦٦٨) وابن أبي شيبة في مصنفه ٥/ ٤٣٢ حديث (٢٧٧٣٤) والدارقطني في سننه كتاب الديات ٣/ ١٠٦ حديث (٨٣) والبيهقي في الكبرى ٨/ ٦٣ حديث (١٥٨٧٠) والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٧٩، ١٨٠ والبزار في مسنده ٩/ ١١٥ حديث (٣٦٦٣) والطبراني في الكبير ١٠/ ٨٩ حديث (١٠٠٤٤) وفي علل ابن أبي حاتم ١/ ٤٦٣ حديث (١٣٨٨).

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا قتله بسنجة حديد أو عمود لا حد له، فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص، بل هو خطأ عمد، وعلى قولهما: إن كان الغالب منه الهلاك، فهو عمد محض، فيوجب القصاص وإن لم يكن الغالب منه الهلاك، فهو خطأ عمد، فهما على رواية الأصل ألحقا الحديد الذي لا حدة له بالسيف، وعلى رواية الطحاوي: ألحقاه بالخشب، والجواب في الخشب الذي لا حدة له عندهما على التفصيل، إن كان الغالب منه الهلاك، فهو عمد محض، وإلا فهو خطأ عمد. وكذلك كل ما كان من جنس الحديد نحو الصفر والرصاص، والذهب والفضة، والنحاس والآنك، فحكمه حكم الحديد، إن كان له حدة يبضع بضعًا، فإذا حصل(1) القتل به، فهو عمد محض باتفاق الروايات، وإن لم يكن له حدة، فعلى رواية الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله، هو خطأ عمد، وعندهما: إن كان الغالب منه الهلاك، فهو عمد محض،

وإن لم يكن الغالب منه الهلاك منه، فهو خطأ عمد، وعلى رواية الأصل: إنه حصل القتل بالصفر أو النحاس أو بالذهب أو بالفضة، فهو عمد محض؛ لأن النبي عليه السلام نفى القود إلا بالحديد، والحديد يتخذ منه السلاح، وهذه الأشياء يتخذ منها السلاح أيضًا، فالنص الوارد في الحديد يكون واردًا في هذه الأشياء أيضًا، وأما إذا حصل الضرب بالرصاص والآنك ولا حدة له فهو خطأ العمد باتفاق الروايات؛ لأنه لا يتخذ منها السلاح، فالنص الوارد في الحديد لا يكون واردًا فيهما دلالة، وما لم يكن من جنس الحديد إذا عمل عمل(2) الحديد في البضع وتفريق الأجزاء، فهو عمد محض، ويجب فيه القصاص، وذلك نحو الإحراق بالنار؛ لأنه يعمل عمل الحديد، فإنه يشق الجلد، وكذلك كل ما له حدة نحو الزجاج والليطة القصب والحجر الذي له حدة والخشب الذي له حدة، فهذا كله يعمل عمل الحديد، فهو عمد محض، وفيه القصاص.

(١) وفي ط: فحصل

(٢) هكذا في الأصل، وكان في غيره: عمله كعمل

ومن هذا قلنا : من أجاف[1] غيره برمح لا سنان فيه ، أو رماه بسهم لا نصل له وجرحه وقتله ، يجب القصاص .

وفي المنتقى عن محمد رحمه الله : إذا تعمدت شيئًا من إنسان ، فأصبت شيئًا آخر منه سوى ما تعمدته ، فهو عمد محض ، وإن أصبت غيره يعني غير ذلك الإنسان ، فهو خطأ .

قال هشام : تفسير هذا رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ ، فأصاب عنق ذلك الرجل ، فأبان رأسه وقتله ، فهو عمد ، وفيه القود ، ولو أراد يد هذا الرجل ، فأصاب عنق غيره ، فهو خطأ ، وفي البقالي إذا قصد رأسه بالعصا ، فأصاب عينه ، فعليه الأرش في ماله ؛ لأنه تعمد ضربه ، ولو كان له أن يقطع كف رجل من قصاص له قبله ، فأراد[2] أن يضرب كفه بالسيف ، فأصاب اليد من المنكب ، فأبانها فضمانه في ماله ؛ لأنه عمد محض ، ولا قصاص فيه ؛ لأنه كان له أن يقطع كفه ، ولو رمى قلنسوة على رأس رجل ، فأصاب الرجل ، فهذا خطأ ؛ لأن القلنسوة ليست من بدن الرجل .

قال هشام : قلت : رجل رمى إنسانًا بسهم فأخطأ ، فأصاب السهم حائطًا ، ثم عاد السهم ، وأصاب ذلك الإنسان وقتله ، قال : هذا خطأ ، ولو نوى ثوبًا فضرب رأس رجل ، فشجه موضحة ، فهو عمد ، ولو مات من ذلك صار خطأ ، ذكره في "العيون" .

١٩٠٦٠ - وفي "الأجناس" : ما ليس بسلاح فيما دون النفس عمد ، ومن حكم القتل العمد الإثم في الآخرة ، إذا كان القاتل مخاطبًا ، ومن حكمه وجوب القصاص عينًا عندنا بشرط أن يكون القاتل مخاطبًا ، وأن يكون المقتول معصوم الدم عصمة أبدية ، حتى لا يجب القصاص بقتل المستأمن وإن كان له دم معصوم ؛ لأن عصمة دمه ليست بأبدية ، بل هي مؤقتة إلى غاية خروجه عن دارنا ؛ وأن لا يكون بينهما شبهة ولاد ولا شبهة ملك حتى لا يقتل الرجل بولده ، ولا بولد ولده ، وإن سفل ، ولا بمملوكه ولا بمملوك مملوكه . ومن حكمه حرمان القاتل عن الميراث

١٩٠٦١ - ولا كفارة في هذا القتل عندنا ؛ لأن الله تعالى جعل جهنم جزاء قاتل

(١) أجاف : الطعنة

(٢) هكذا في ظ وف ، وكذا في غيرهما : فإن أراد .

والثاني: أنه لا مدخل للإطعام في هذه الكفارة حتى إنه إذا عجز عن الصوم لا يجزئه الإطعام، وله مدخل في سائر الكفارات حتى إن المظاهر أو المفطر إذا عجز عن الصيام، جاز له الإطعام، ولا قصاص في هذا القتل اجتمعت الأمة عليه، ومن حكمه حرمان القاتل عن الميراث إلا في القتل بطريق التسبيب، فالقتل بطريق التسبيب، لا يوجب حرمان القاتل عن الميراث؛ لأن القتل لم يوجد منه حقيقة؛ لأنه لا تصرف في الجهة، إنما يتصرف في محل آخر إلا أن الشرع ألحق التسبيب بالمباشرة على خلاف الأصل في حق إيجاب الضمان، فيبقى في حق الكفارة، وحرمان الميراث على الأصل.

قال الكرخي في كتابه: ولا إثم في هذا القتل يعني في القتل بطريق التسبيب، قالوا: أراد به إثم القتل، أما يأثم إثم الحفر، ووضع الحجر على طريق المسلمين.

١٩٠٦٣ - وأما شبه العمد فقد ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح، ولا هو في معنى السلاح، ويكون قصده الضرب والتأديب دون الإتلاف، سواء كان الهلاك منه غالبًا كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبير، أو لم يكن الهلاك منه غالبًا كالعصا الصغير والسوط الصغير، وإذا قتله به، فهو شبه العمد، سواء والى بين الضربات أو لم يوالِ.

وعندهما: إن تعمد الضرب بما كان الغالب منه الهلاك، فهو عمد محض يجب القصاص، وإن تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالبًا كالسوط الصغير، فإن لم يوالِ في الضرب، فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف، وإن والى في الضرب، فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما، بعضهم قالوا: إنه عمد محض، وبعضهم قالوا: إنه شبه العمد.

ومن حكم هذا القتل الإثم؛ لأنه قصد، ومن حكمه وجوب الدية مغلظة على العاقلة.

روى ذلك مغيرة بن شعبة عن رسول الله ﷺ[1]، وعليه إجماع الصحابة، فالأصل أن كل دية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد، فهي على العاقلة، ومن حكمه

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٨/٦٩، وأبو داود ٤/١٨٩، وابن عبد البر في التمهيد ١٧/٣٥٣.

الفصل الثاني

في الجناية على النفس ما يجب بها القصاص وما لا يجب

١٩٠٦٥ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل ضرب رجلاً بمر(١) فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود، فعليه الدية، هكذا ذكر، ولا شك أنه إذا أصابه حد الحديدة وجرحه أنه يجب القصاص عند الكل، وإن أصاب ظهره ولم يجرحه، فلا شك أن على قولهما: يجب القصاص؛ لأن المر قاتل لا يلبث.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فعلى ما ذكر في «الأصل» أن العبرة للحديد لا للجراحة، يجب القصاص، وعلى ما ذكر الطحاوي عنه: أن العبرة للجرح لا يجب القصاص، وقوله في الكتاب: وإن أصابه بالعود، ففيه الدية يحتمل أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله، أما على قولهما: يجب القصاص كما لو ضربه بالحجر الكبير أو الخشبة الكبيرة، وإليه ذهب بعض المشايخ، وعامتهم على أن هذا قول الكل؛ لأن هذا مما لا يقتل غالبًا، وهما يعتبران غلبة الهلاك في آلة ليست بجارحة، ومن هذا الجنس ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: إذا ضرب رجلاً بالكدمر كرب، وقتله إن ضربه من قبل الحديد، فعليه القصاص، وإن ضربه من قبل الخشبة، فلا قصاص فيه، هكذا ذكر، ويجب أن يكون الكلام فيه نظير الكلام في مسألة المر.

١٩٠٦٦ - وفي «العيون»: ضرب رجلاً بسيف في غمد، فخرق السيف الغمد وقتله، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا قصاص، وقال محمد رحمه الله: إن كان الغمد ثقيلاً لو ضرب به وحده قتل به، فهما يعتبران القتل بآلة يقصد بها القتل عادة، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر دليل العمد.

١٩٠٦٧ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا أحمى تنورًا، وألقى فيها إنسانًا، أو ألقاه في نار لا يستطيع الخروج منه، فأحرقته النار يجب القصاص؛ لأن النار بمعنى السيف، فموضوع المسألة يشير إلى أن الإحماء يكفي، وإن لم يكن فيه نار،

(١) المر: الحبل.

قال البقالي في فتاويه: هو الصحيح.

وفي الفتاوى: إذا ألقاه في النار، فخرج حيًا وبه رمق، فمكث أيامًا مصبًا من ذلك حتى مات قتل به، وإن كان يجيء، ويذهب فلا.

١٩٠٦٨- وفي "الجامع الصغير": إذا غرق صبيًا أو بالغًا في البحر، فلا قصاص عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

وذكر شيخ الإسلام في شرح ديات "الأصل": أن من غرق إنسانًا بالماء إن كان الماء قليلا لا يقتل مثله غالبًا، ويرجى منه النجاة في الغالب، فمات من ذلك، فهو خطأ العمد عندهم جميعًا؛ لأنه متعمد الإلقاء غير متعمد القتل إذا كان الماء بحال لا يقتل مثله في الغالب.

وأما إذا كان الماء عظيمًا إن كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة، فإن كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات، فإنه يكون خطأ العمد؛ لأنه إذا يمكنه النجاة كان الملقي متعمدًا في الإلقاء لا في القتل، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: هو خطأ العمد ولا قصاص، وعلى قولهما: هو عمد محض، ويجب القصاص.

١٩٠٦٩- وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل ألقى رجلا من سفينة في بحر أو دجلة، فرسب[1] كما وقع وغرق، فعلى عاقلته الدية، وإن كان حين ألقاه سبح سباحة، ثم غرق، فلا دية فيه، وإذا ألقاه من سطح أو جبل، أو ألقاه في بئر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: هذا خطأ العمد، وأما على قولهما: إن كان لا يرجى منه النجاة غالبًا، فهو خطأ العمد، وإن كان لا يرجى منه النجاة، فهو عمد محض يجب القصاص به عندهما.

١٩٠٧٠- قال في "الأصل": وإذا خنق رجلا حتى مات، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا قصاص، ولكن إن كان اعتاد ذلك، فالإمام يقتله سياسة، فإن تاب من ذلك إن تاب قبل أن يقع في يد الإمام تقبل توبته ولا يقتل، وإن تاب بعد ما وقع في يد الإمام لا تقبل توبته، وهو نظير الساحر إذا تاب، وأما على قولهما: إن دام على الخنق

(١) فرسب: غاص في الأسفل.

حتى مات. فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة. وإن ترك الخنق قبل الموت، ثم مات بعد ذلك، فإنه ينظر إن دام على الخنق مقدارًا يموت الإنسان منه غالبًا، فعليه القصاص؛ لأنه قصد الخنق والقتل، فكان عمدًا محضًا باعتبار الخنق والقتل جميعًا، وإن دام على الخنق مقدارًا لا يموت الإنسان منه غالبًا، فلا قصاص؛ لأن قصد الخنق، أما ما قصد القتل فكان عمدًا باعتبار الخنق خطأ باعتبار القتل.

١٩٠٧١ - وإذا سقى رجلا سمًّا، فمات من ذلك، فهو على ثلاثة أوجه: إما إن أوجره إيجارًا على كره منه، أو ناوله، أو أكرهه على شربه حتى شرب، أو ناوله وشرب من غير أن أكرهه عليه. فإن أوجره إيجارًا، أو ناوله، أو أكرهه على شربه حتى شرب، فلا قصاص، وعلى عاقلته الدية، ذكر المسألة في الأصل مطلقًا من غير ذكر خلاف، ولم يفصل بينما إذا كان ذلك مقدارًا يقتل مثله غالبًا أو لا يقتل، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله، وذلك لأن القتل حصل بما لا يجرح لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، وكان خطأ العمد على مذهبه.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: فمن مشايخنا من قال: الجواب عندهما على التفصيل إن كان ما أوجره من السم مقدارًا يقتل مثله غالبًا كان عمدًا محضًا؛ لأنه قصد الإيجار والقتل جميعًا، فكان عمدًا محضًا كما لو قتله بحجر عظيم، وإن كان قدرًا لا يقتل مثله غالبًا، فإنه يكون خطأ العمد؛ لأنه قصد الإيجار، ولم يقصد القتل، فعلى قول هذا القائل: لا يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبينما إذا قتله بحجر عظيم، ومن مشايخنا من قال: بأن على قولهم جميعًا: يكون خطأ العمد، سواء كان مما يقتل مثله غالبًا، أو لا يقتل، فهذا القائل يحتاج الفرق بين هذا وبينما إذا قتله بحجر عظيم على قولهما.

ووجه الفرق بينهما وهو أن السمّ القليل يجعل في بعض الأدوية للإصلاح، فبهذا الاعتبار لا يثبت القصد إلى القتل إن ثبت القصد إلى القتل بالكثير منه؛ لأن الكثير منه لا يجعل في الأدوية للإصلاح، وإذا كان كذلك ثبت القصد إلى القتل من وجه دون وجه، فكان شبه العمد، وكان كمن أوجر رجلا سقمونيا مقدارًا لا يحتمل النفوس فمات لا يكون عمدًا محضًا؛ لأنه مما يجعل في الأدوية للإصلاح، فكذلك هذا بخلاف

ما لو قتله بحجر عظيم، أو ألقاه من السطح؛ لأنه مما لا يقصد بهذا إصلاح البدن بوجه من الوجوه، وإذا كان ما يقتل مثله غالبًا كان قاصدًا إلى قتله من كل وجه فيكون عمدًا محضًا، وإذا ناوله، فشرب من غير أن أكرهه عليه لم يكن عليه قصاص ولا دية، سواء علم الشارب بكونه سمًا أو لم يعلم، إن علم فلا إشكال؛ لأنه شرب باختياره، فكان الشارب هو القاتل لنفسه لا المعطي، فلا يكون على المعطي شيء، كمن دفع سكينًا إلى رجل، فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شيء، فكذا هنا. وكذلك من حفر بئرًا على قارعة الطريق، فمشى عليه رجل قد علم بحفر البئر، فإنه لا ضمان على حافر البئر، فكذلك هنا.

وأما إذا لم يعلم بكونه سمًا، فكذلك لا شيء عليه لا قصاص ولا دية؛ لأن الشارب هو الذي باشر قتل نفسه؛ لما شرب مختارًا، فلا يكون على المعطي شيء.

فإن قيل: إن لم يباشر المعطي قتل الشارب، فقد سبب لقتله بالإعطاء، وهو معاقب على هذا السبب، فإنه يأثم بذلك، فإذا شربه المدفوع إليه وهو لا يعلم بذلك، فمات وجب أن يضمن المسبب كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، فمشى عليه[1] إنسان وهو لم يعلم بالحفر، فإن الحافر يضمن؛ لأنه كان سببًا لقتله، وهو معاقب على ذلك.

قلنا: المسبب إذا كان معاقبًا على التسبيب ملامًا عليه إنما يضمن إذا بقي أثر فعله وقت الموت كما في حفر البئر يبقى أثر فعله وقت الموت وهو العمق. وأما إذا لم يبق أثر فعله وقت الموت، فإن المسبب لا يضمن كمن وضع حجرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان وحوله، ثم تعقل به إنسان لا ضمان على الأول؛ لأنه زال أثر فعله وقت الموت، وهنا في مسألتنا زال أثر فعله، وذلك لأن فعله إنما كان في وضعه في يده أو فيه، وقد زال هذا الأثر لما ألقاه في فمه، أو ابتلعه، وإذا لم يبق لفعله أثر وقت الموت لم يكن عليه ضمان، وإنما عليه إثم الخداع والغرور، وبنحوه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

١٩٠٧٢ - وإذا حبس إنسانًا في بيت حتى مات جوعًا أو عطشًا، لا يضمن شيئًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجب عليه الدية؛ لأن الجوع سبب مفض إلى الموت، وهو قائم إلا أنه يدفع ذلك عن نفسه: بالأكل، وإذا منع الطعام منه صار مسببًا

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل رم... فيها.

التلف بمنزلة حفر البئر، فإن الفعل[1] كان لازماً، ولكن الماشي يمنع نفسه عن الوقوع بوضع القدم على موضع مستقر، فإذا حفر، فقد منع دفعه عنه، فاستعمل تلك العلة، كذا هنا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: التلف حصل لمعنى فيه، وهو الجوع والعطش، وإنما يدفع ذلك الماء والطعام، وهذا قد منع ما يدفع به الهلاك عن نفسه، وهذا لا يعدّ تسبيباً إلى التلف.

١٩٠٧٣ - وفي «الملتقط»: سئل محمد رحمه الله عن رجل دفن رجلاً حياً في قبر ومات، قال: يقاد به، لأنه قتله عمداً.

١٩٠٧٤ - وفي «المجرد»: روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل أقر أنه قتل فلاناً بحديدة، أو قال: بالسيف، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابه، درئ عنه القتل، ولو قال: ضربت فلاناً بحديدة فقتلته[2]، ثم قال: أردت غيره، فأصبته لم يقبل ذلك منه ويقتل، ولو قال: رميت بسكيني، فقتلت فلاناً، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصبته درئ عنه القتل.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال: ضربت فلاناً بالسيف فقتلته[3]، قال: هذا خطأ حتى يقول: عمداً، ولو قال: ضربت بسيفي، فقتلت فلاناً، أو قال: رميت بسكيني فقتلت فلاناً، ثم قال: إنما أردت غيره، فأصابته، درئ عنه القتل.

وفي «المنتقى»: إذا قال الرجل: قتلنا فلاناً أنا وفلان متعمدين، ثم قال: كان معي غيري لم يصدق ويقتل به، ولو قال: قتلت فلاناً متعمداً بحديدة، فلما أخذ بذلك، قال: كان معي فلان لم يصدق ويقتل به.

ولو قال: ضربت فلاناً بالسيف متعمداً، ثم قال: لا أدري مات منها أم لا، ولكنه مات، وقال الولي: مات منها لم يقبل، ولو قال: مات منها، ومن حية نهشته، أو لدغته عقرب، وقال الولي: مات من ضربتك، فالقول قول القاتل، وعليه نصف الدية.

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: «النقل»، وفي ف: «العقل».

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: «فقتله».

(٣) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: «فقتله».

١٩٠٧٥ – وفي «المنتقى» : إذا قطع عنق الرجل ، وبقي شيء قليل من الحلقوم ، وفيه الروح ، فقتله رجل ، فلا قود عليه ؛ لأن هذا ميت ، ولو مات ابنه بعد ذلك ، وهو على تلك الحالة بعد ورثة ابنه ، ولم يرث هو ابنه ، ولو شق بطن رجل ، وخرجت أمعاؤه كلها ، وسقطت بالأرض إلا أنها صحيحة بعد ، فقتله رجل آخر قتل به ، ولو انقلعت أمعاؤه من بطنه ، فطرحت عنه ، وبقي البطن خاليًا ، فقتله رجل ، فلا قود عليه ؛ لأن هذا ميت .

ولو قتل رجلا وهو في النزع قتل القاتل به ، وإن كان يعلم أنه لا يعيش .

١٩٠٧٦ – قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» : في الصفين يلتقيان : صف من المسلمين ، وصف من المشركين فيقتتلون ، فقتل رجل من المسلمين رجلا من أصحابه على ظن أنه مشرك ، فعليه الكفارة والدية ، ولا قود عليه ؛ لأن هذا قتل الخطأ ؛ لأن الخطأ صورته أن يقصد قتل من يباح له قتله ، فيصيب من لا يباح له قتله ، وقد وجد هنا هذا المعنى ، وقتل الخطأ يوجب الدية والكفارة دون القود ، وأصله ما روي أن المسلمين أصابوا اليمان بن حذيفة رضي الله عنه[1] ، فأوجب رسول الله ﷺ الدية ، فتركها حذيفة لهم ، فقد أوجب رسول الله ﷺ منه الدية دون القود .

قيل : وهذا إذا كان المقتول في صف المسلمين ، فأما إذا كان المقتول في صف المشركين لا يجب عليه شيء ؛ لأنه هو الذي أهدر دمه حيث وقف في صف المشركين ، ألا ترى أن المشركين إذا تترسوا بأطفال المسلمين وأسرائهم جاز للمسلمين الرمي إليهم ، ولا يجب عليهم شيء فيما أصاب الأسراء والأطفال .

١٩٠٧٧ – قال محمد رحمه الله في الكتاب : رجل قتله ابنه عمدًا ، فعليه الدية في ماله في ثلاث سنين ، ولا قصاص عليه ، وهذا مذهبنا .

والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «لا يقاد والد بولده»[2] ؛ ولأن الأب أصل والولد فرع ، وإهلاك الأصل بسبب الفرع غير مشروع ، وإذا لم يجب القصاص

(١) أشار إليه الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» ٢١٨/١٢ ، ولم أجده في غيره .

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» ١٤٠/٣ حديث (١٧٨) وأبو الشجاع في «الفردوس بمأثور الخطاب» ٢٢١/٥ حديث (٨٠٦٧) وابن عبد البر في «التمهيد» ٤٣٧/٢٣ .

عندنا وجبت الدية على الأب في ماله، ولا يجب على العاقلة، والأصل فيه حديث عمر رضي الله عنه، فإنه قضى بالدية على الأب في ماله وقد قتل ابنه عمدًا.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا يعقل العاقلة عمدًا، وإذا أوجب الدية في ماله يجب مؤجلة في ثلاث سنين، وقد مر هذا فيما تقدم، ويقتل الولد وولد الولد بالأب والجد قصاصًا؛ لأن الأصل سبب لحياته، وإهلاك الجزء بالجناية على أصله ليس بقبيح، ولا يقتل الجد بولد ولده من قبل الآباء والأمهات وإن علوا؛ لأن اسم الأب يشملهم، فيدخلون جميعًا تحت الحديث، ولا يقتص الأم بولدها؛ لأن الأم نظير الأب في حق الحرمة[1]، بل الأم أعظم حرمة من الأب، فالنص الوارد في حق الأب يكون واردًا في حق الأم دلالة.

١٩٠٧٨ - ولا قصاص فيما بين الصبيان لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث»[2]، وعمد الصبي وخطأه سواء عندنا حتى تجب الدية في الحالين: أما الخطأ فظاهر، وأما العمد فلأنه تعذر إيجاب القصاص، والقتل العمد في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة، وتعذر إيجاب العقوبة، فتعين الغرامة، ويكون ذلك في ماله في فصل العمد؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

في «الزيادات»: أن الدية في فصل العمد تجب على العاقلة أيضًا، ولا كفارة عليه في الخطأ عندنا، ولا يحرم عن الميراث خلافًا للشافعي رحمه الله، والجواب في المعتوه نظير الجواب في الصبي؛ لأن المعتوه في معنى الصبي.

والجواب في المجنون إذا قتل في حال جنونه نظير الجواب في الصبي، بل أولى؛ لأن المجنون عديم العقل، والصبي ناقص العقل، وأما إذا كان يجن ويفيق، وقتل في حال إفاقته، ذكر في «الأصل»: أنه هو والصحيح سواء؛ لأنه حالة القتل مفيق، والعبرة

---

(١) هكذا في م وب، وكانت في ص: الحرية، وفي الأصل: الجزية.

(٢) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه ٢/١٠٢ حديث (١٠٠٣) وفي ٤/٣٤٨ حديث (٣٠٤٨)، والحاكم في المستدرك ١/٣٨٩ حديث (٩٤٩) وفي ٢/٦٨ حديث (٢٣٥٠) وفي ٤/٤٣٠ حديث (٨١٦٩)، والنسائي في المجتبى ٦/١٥٦ حديث (٣٤٣٢)، وأحمد في مسنده ٦/١٠٠ حديث (٢٤٧٣٨) وفي ٦/١٤٤ حديث (٢٥١٥٧)، والطبراني في الأوسط ٣/٣٦١ حديث (٣٤٠٣)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٩ حديث (٨٠٦٩).

حالة القتل، فصار كسائر المفيقين، فإن جن بعد ذلك، هل يسقط القصاص؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في "الأصل".

قال شيخ الإسلام في شرحه: إن بعض مشايخنا فصّلوا الجواب فيه تفصيلاً، فقالوا إن كان الجنون الحادث مطبقاً يسقط القصاص؛ لأنه بالجنون المطبق يلتحق بالصبي، والصبي لو قارن القتل، منع الوجوب، فإذا طرأ على القتل قبل الاستيفاء ما هو في معنى الصبا، يمنع الاستيفاء؛ لأن العقوبة في الاستيفاء لا في الوجوب.

وإن كان الجنون الحادث غير مطبق لا يسقط القصاص؛ لأن الجنون إذا لم يكن مطبقاً، فهو بمنزلة الإغماء، ألا ترى أنه لا يسقط به الصوم، وإنما يسقط الصلاة إذا دام أكثر من يوم وليلة كما في الإغماء، والإغماء لا يسقط القصاص؛ لأنه نوع مرض إلا أن الجنون إذا كان مقارناً للقتل منع وجوب القصاص، وإن كان غير مطبق؛ لأنا اعتبرنا الجنون إذا كان غير مطبق بالإغماء إلا أن الإغماء إذا كان مقارناً للقتل، منع وجوب القصاص، وإذا طرأ على القتل قبل الاستيفاء لا يسقط الاستيفاء، فكذا الجنون الذي هو غير مطبق، هذا جملة ما أورده شيخ الإسلام في شرحه.

١٩٠٧٩ - وفي "المنتقى": رجل قتل رجلاً عمداً، ثم عته، وشهد عليه الشهود بالقتل وهو معتوه، فإني أستحسن أن لا أقتله، وأجعل الدية في ماله.

وذكر في موضع آخر من "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل قتل رجلاً، ثم جنّ القاتل لا يقتل، ولو قضى عليه بالقود، ثم جنّ، فالقياس أن لا يقتل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يقتل إذا كان قد قضي عليه، وفي موضع آخر إذا قضى القاضي بالقصاص على القاتل، فقبل أن يدفعه إلى وليّ القتيل جنّ القاتل لا قصاص عليه استحساناً، ويجب الدية، وإن جنّ بعد الدفع إليه، له أن يقتل.

١٩٠٨٠ - في "المنتقى" أيضاً: امرأة خرج منها رأس ولدها، ولم يخرج منه غيره، أو استهل الصبي على تلك الحال، ثم إن قاتلاً قتله، فإنه لا أقضي عليه بالقصاص، وأجعل الدية عليه، إلا أن يكون خرج مع الرأس نصف، أو خرج الأكثر منه مع القدمين، فهو بمنزلة ما قد تمّ خروجه، فإن قتله أخذ به، وكذلك الحكم في قطع عضو من أعضائه.

١٩٠٨١ - في «المنتقى» بشر بن الوليد عن أبي يوسف، وابن سماعة عن محمد رحمهم الله: رجل قطع يد رجل عمداً، ثم إن المقطوعة يده قطع يد القاطع عمداً، ثم مات المقطوعة يده من القطع، فعلى القاطع القصاص لولي المقطوعة يده من قبل أن القاطع قد جنى قبل أن يجب له الدم، فإنما مات المقطوعة يده من جناية كانت عليه قبل أن يحل دمه.

وذكر هذه المسألة في موضع آخر من «المنتقى» عن محمد رحمه الله، وذكر فيها القياس والاستحسان، وقال: القياس أن على القاطع القصاص؛ لما قلنا، وفي الاستحسان: لا قصاص، وتجب الدية عليه في ماله؛ لأنه قد كان حل دمه للقاطع قبل أن يموت من الضرب، ثم قال: ولا يشبه هذا المرتد.

رجل قتل ابن الرجل عمداً، ثم إن أب المقتول قطع يد القاتل خطأ، ومات من ذلك كان قصاصاً، ولم يكن لورثة الدية على أب المقتول.

١٩٠٨٢ - ولو ضرب رجل رجلاً بالسيف عمداً، ثم إن المضروب ضرب الضارب بالسيف عمداً، ثم ماتا جميعاً، فإن هذا قصاص إن ماتا معاً[١] أو أحدهما قبل الآخر، هكذا ذكر بشر عن أبي يوسف رحمه الله.

ويقتل الرجل بالرجل، والرجل بالمرأة، والمرأة بالرجل؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾[٢] أوجب القصاص في القتلى مطلقاً من غير فصل، ويقتل المسلم بالذمي عندنا، والذمي يقتل بالذمي وبالمسلم بلا خلاف، والذمي إذا قتل ذمياً ثم أسلم، فإنه يقتل به بلا خلاف، ولا يقتل المسلم ولا الذمي بالحربي، مستأمناً كان أو غير مستأمن، ولا يقتل مستأمن بمستأمن في ظاهر الرواية لتمكن شبهة الإباحة في الدم. وعلى هذا الحرف تخرج المسائل كلها، وبيان ذلك أن المبيح ثابت في حق أهل الحرب كونهم حرباً لنا، لا نفس الكفر، ألا ترى أن المرأة لا تقتل، ومعنى الحراب انفسخ بعقد الذمة من كل وجه؛ لأنه صار مسالماً[٣] على سبيل التأبيد، وإذا انفسخ معنى الحراب لم

---

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل وف: «جميعاً».

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٨.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل: «صار مستأمناً»، وفي م: «سالماً».

بين في المحل لا حقيقة الإباحة ولا شبهتها ، فالتحق الذمي بالمسلم في حق هذا الحكم ، وأما معنى الحراب لم ينتسخ بالاستئمان من كل وجه ؛ لأن أمان المستأمن موقت ، فلا ينتسخ به معنى الحراب من كل وجه ، بل تبقى شبهة الحراب ، وإذا بقي شبهة الحراب بقيت شبهة الإباحة ، والقصاص لا يجب مع الشبهة ، ولا يقتل المولى بعبده ، وكذا لا يقتل من كان بعضه ملكًا له ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، فإذا سقط بعضه سقط كله ، ويقتل سليم الجوارح بناقص الأطراف والصبي والمجنون ؛ لأن القتل تصرف في الروح ، وقد تساويا في ذلك .

١٩٠٨٣ - ويقتل الجماعة بالواحد ، فرق بين النفس وبين الطرف فإن اليدان لا يقطعان بيد واحدة ، ويقتل الواحد بالجماعة اكتفاء ، ولا يجب مع القصاص شيء آخر ، فرق بين هذا وبينما إذا قطع يمني رجلين عمداً فجاءا وطلبا من القاضي حقهما فالقاضي يقضي لهما بيمين القاطع وبدية يد بينهما .

والفرق أن الأنفس جعلت مثل نفس واحدة حتى قتل الجماعة بالواحد وإذا كان الأنفس مثل النفس الواحدة كانت النفس الواحدة مثل الأنفس ؛ لأن المماثلة بين شيئين من الأسماء المشتركة لا تتقوم بأحد الطرفين ، وإذا كان النفس الواحد مثل الأنفس صار كل واحد من ولي القتيل مستوفيًا حقه في القصاص بكماله ، فلا يستحق معه شيء آخر ، أما اليد الواحدة لم تجعل مثل الأيدي حتى لا يقطع الأيدي بيد واحدة ، وإذا لم تكن اليد الواحدة مثل الأيدي صار كل واحد من المقطوعة يده مستوفيًا بعض حقه في القصاص لا كمال حقه ، فيقضي بدية بينهما تكميلاً لحق كل واحد منهما ، ولو كان ولي أحد المقتولين حاضراً ، وولي المقتول الآخر غائبًا ، فجاء الحاضر إلى القاضي ، وطلب القصاص ، فإن القاضي يقضي له بالقصاص ، فإن حضر الآخر بعد ذلك لا يقضي له بشيء ، فرق بين هذا وبينما إذا قطع يمني رجلين ، فحضر أحدهما ، وطلب القصاص من القاضي ، وقضى القاضي له بالقصاص ، ثم حضر الآخر ، فالقاضي يقضي له بدية اليد ، وفي الفصلين جميعًا من عليه صار قاضيًا بحق الغائب حقًا واجبًا عليه

والوجه في ذلك أن في فصل القصاص المقضي به ليس بمال لا حقيقة ولا حكمًا ؛ لأن المقضي به الدم ، والدم ليس بمال لا حقيقة ولا حكمًا ، وما ليس بمال لا يضمن

بالمال، فكان كالذمي إذا قضى دينه من خمر عينه للمسلم لا يضمن؛ لأن المقضي به ليس بمال متقوم في حق المسلم، وكذلك هنا، ولهذا قلنا: إن القاتل لو قتل نفسه لا تجب الدية في ماله لولي القصاص، وإن وجد منه إتلاف سبب حق ولي القصاص وهو الجرحة، والقاتل حي والميت من أهل أن يجب عليه الضمان بعد الموت بسبب وجد منه في حال حياته؛ لأنه أتلف ما ليس بمال لا حقيقة ولا حكمًا؛ فلم يضمن المال، فكذا إذا قضى بنفسه حقًا وجب عليه للغير. فأما الطرف إذا لم يكن مالًا حقيقة فقد أعطي له حكم المال حتى قالوا: يستوفى في الحرم، ويستوفيه الوصي في أظهر الروايات، ويجري فيه البذل والإباحة إذا كان مفيدًا، ويعتبر التكافؤ والتساوي في القيمة لجريان القصاص في الأطراف كما في المال، وإذا كان له حكم المال فمتى قضى به حقًا وجب عليه صار ضامنًا للمقضي له، وكذا إن لم يقض به حقًا وجب عليه، لكنه أتلفه بأن قطع يد نفسه، صار ضامنًا دية اليد؛ لأن المتلف له حكم المال، والمال يجوز أن يضمن بالإتلاف والقضاء، وأما ما ليس بمال لا يجوز أن يضمن بالمال لا بالقضاء ولا بالإتلاف.

١٩٠٨٤ - وإذا كان الدم بين اثنين، فعفا أحدهما، ثم إن الساكت قتل القاتل عمدًا، فهذا على وجهين: إن قتله ولم يعلم بعفو العافي فالقياس أن يقتل الساكت به، وفي الاستحسان: لا يقتل؛ لأنه قتله على تقدير أن له ملكًا في نصف القاتل، وإن لم يعلم بالعفو، فيصير ذلك شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات كمن زفت إليه غير امرأته، فوطئها على حسبان أنها امرأته، ثم ظهر أنها أجنبية ليس له فيها ملك ولا شبهة ملك لم يكن عليه حد؛ لأنه وطئها على ظن أنها امرأته، ولكن تجب الدية في ماله؛ لأنه عمد محض، لكن سقط القصاص للشبهة فتجب الدية في ماله. فرق بين هذا وبينما إذا رمى سهمًا إلى شخص أو قتل شخصًا على ظن أنه حربي فظهر أنه مسلم تجب الدية على العاقلة، وجعل ذلك خطأ مع أنه قصد قتله بالسلاح.

ووجه الفرق أن في الحربي إن وجد القصد إلى القتل بالسلاح إلا أن قتله لم يتصف بالحرمة، ومع القصد إلى القتل لا بد من اتصاف القتل بالحرمة حتى يكون عمدًا؛ ألا ترى أن قتل الصبي والمجنون خطأ حكمًا، وإن كانا متعمدين القتل بالسلاح؛ لأن القتل في حقهما لم يتصف بالحرمة، قلنا. وقتل الحربي لم يتصف

بالحرمة؛ لأن قتل الحربي مباح له قبل التعرف عن حاله إذا وقع في قلبه أنه حربي؛ لأنه متى لزمه التعرف عن حاله قبل القتل بدليل آخر سوى التحري ربما يخاف على نفسه منه، فأبيح له القتل قبل التعرف دليل آخر سوى التحري، واكتفى لإباحة القتل بمجرد التحري، وهذا كما قالوا: فيمن دخل دار إنسان شاهرًا سيفه توقع في غالب رأي[1] صاحب الدار أنه قصد قتله يباح له قتله، ويسقط عنه تعرف حاله لإباحة قتله أنه دخل داره ليقتله، أو دخل ملتجئًا فكذا في الحربي، وإذا لم يتصف فعله بالحرمة لم يكن عمدًا، أما هنا وجد القصد إلى القتل بالسلاح واتصف القتل بالحرمة؛ لأنه لا يخلو إما أن علم أنه لا يحل له التفرد بالقتل دون صاحبه؛ لأن الثابت له في نفس القاتل نصف الملك، أو لم يعلم أو اشتبه ذلك عليه، فإن علم أنه لا يحل له التفرد بالقتل كان القتل حرامًا، وإن لم يعلم أو اشتبه عليه لا يباح له الإقدام على القتل بمجرد التحري، ولزمه التعرف بدليل آخر فوق التحري؛ لأنه لو أمر بالتعرف بدليل آخر فوق التحري لا يخاف على نفسه، ولا يخاف فوت حقه، فلا تثبت الإباحة بنفس التحري قبل التعرف، وإذا كان القتل حرامًا في الحالين وكان قاصدًا إلى القتل كان عمدًا محضًا إلا أنه يسقط القصاص لنوع شبهة من الوجه الذي ذكرنا، فوجب دية كاملة في ماله، وإذا وجبت دية كاملة في ماله ذكر محمد رحمه الله في الكتاب أنه يحتسب له من ذلك نصف الدية؛ وذلك حصته من دم المقتول الأول، ويؤدي النصف الآخر إلى ورثة المقتول الثاني، ولم يفصل الجواب تفصيلًا بينما إذا كان للمقتول الثاني مال آخر حاضر سوى ديته أو لم يكن، قال مشايخنا: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا لم يكن للمقتول الثاني مال حاضر سوى الدية التي وجبت له على القاتل الثاني، وهذا لأنه متى لم يكن له مال آخر سوى الدية يتأخر حق القاتل الثاني في نصف الدية التي وجبت له على المقتول الثاني إلى أن يظهر له مال، وإنما يظهر له المال متى حل أجل ديته، فمتى حل الأجل وقعت المقاصة بين نصفي الدية، ولزمه رد النصف الباقي إلى ورثة المقتول الثاني.

أما إذا كان للمقتول الثاني مال حاضر سوى الدية التي وجبت له على القاتل الثاني بقي نصف الدية، فإنه لا يحتسب ما وجب للمقتول الثاني من نصف الدية على القاتل

---

(1) وفي ظ: غلب على صاحب الدار

الثاني من نصف دية وجب للمقتول الثاني على القاتل الثاني[1]؛ وذلك لأن ما وجب للقاتل الثاني على المقتول الثاني من نصف الدية بعفو صاحبه، وإن كان مؤجلا بثلاث سنين إلا أنه لما مات المقتول الثاني الذي له الأجل حل الأجل بموته، وما وجب للمقتول الثاني من تمام الدية على القاتل الثاني مؤجل؛ لأن من له الأجل وهو القاتل الثاني حي في الحال، والحال لا يصير قصاصا بالمؤجل، فيؤدي من مال المقتول الثاني نصف الدية للقاتل الثاني، ثم يأخذ ورثة المقتول الثاني من القاتل الثاني دية المقتول الثاني متى حل الأجل، فيجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل إلا أن محمدا رحمه الله ذكر جواب أحد الفصلين، ولم يذكر جواب الفصل الآخر.

١٩٠٨٥ - هذا الذي ذكرنا كله إذا قتل الساكت القاتل ولم يعلم بعفو صاحبه، فأما إذا علم، ثم قتل وإن لم يعلم بالحرمة وقال: ظننت أن قتله يحل لي فإنه لا يقتل؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه مثله؛ فإنه قاس هذا على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين من الديون، ونحوه إذا استوفاه أحدهما، أو أبطل أحدهما حصة نفسه لا يبطل على الآخر حق الاستيفاء، وقد اشتبه على عمر رضي الله عنه هذا مع جلالة قدره في العلم حتى شاور ابن مسعود رضي الله عنه في ذلك، ومن اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فإنه يعذر في درء ما يدرأ بالشبهات، هذا كما قلنا: فيمن وطئ جارية من لا تقبل شهادته له، وقال: ظننت أنها تحل لي، فإنه يعذر ولا يحد؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه مثله؛ فإنه قاس هذا على الشهادة، فإنه في حق الشهادة جعل مال المشهود له كمال الشاهد، فحسب أنه في الوطء يكون مال صاحبه كماله، فيعذر في درء ما يدرأ في الشبهات، فكذلك هذا، فيسقط القصاص، ولكن تجب الدية في ماله؛ لأنه عمد، [illegible] بالصلح، والاعتراف فيه بالحرمة على ما بيّنّا إلا أنه سقط القصاص لشبهة الاشتباه، ولو سقط لشبهة الملك كما في الأب يقتل ابنه تجب الدية في ماله، ففي شبهة الاشتباه أولى؛ لأنه دون شبهة الملك.

فأما إذا علم بالحرمة فإنه يقتل سواء قضى القاضي بسقوط القصاص في نصيب الساكت أو لم يقض، وقال الشافعي رحمه الله: إن قضى القاضي بسقوط القصاص، فإنه يقتل، وإن لم يقض لا يقتل، وذهب في ذلك إلى أنه فصل مجتهد فيه، فإن في قول

---

(١) هكذا في المطبوع، وكذا في الأصل وهو: على القاتل الثاني من نصف الدية، وذلك

والإبراء، فهو معنى قولنا: حكى ما يملك استئنافه باعتبار الحكم، والمقصود من السبب الحكم، فيصدق فيما حكى لهذا المعنى؛ وأما في القتل حكى ما لا يملك استئنافه لا باعتبار القتل ولا باعتبار حكمه، فإن حكم هذا القتل وهو الضمان لولي المقتول الثاني لا لولي المقتول الأول، ألا ترى أن ولي المقتول الأول لو أبرأ الأجنبي عن ضمان هذا القتل لا يصح، فإذا حكى ما لا يملك استئنافه في الحال أصلا لا يصدق فيه إلا ببينة.

١٩٠٨٧ – وإذا أمر الرجل غيره أن يقتله فقتله بسيف، فلا قصاص فيه عندنا خلافًا لزفر رحمه الله، فوجه قوله: إنه لا عبرة للأمر في هذا الباب، فإنه لا يؤثر في الإطلاق بحال فسقط موجب الأمر، وصار كأنه لم يوجد وجه قول علمائنا: إن الفعل إذا حصل عن أمر كان مضافًا إلى الآمر، فلأن[1] يسقط موجب الأمر بالشرع بقي حكم الحقيقة، فأورث شبهة فسقط به القصاص، ولا يلزمه الدية في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ وهذا لأن الدية إنما تجب حقًا للمقتول، ألا ترى أنه يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه، وإذنه مؤثر في إسقاط ما يجب له كالإذن في إتلاف المال.

ولو أمره أن يقطع يده أو يفقأ[2] عينه ففعل فلا شيء عليه؛ لأن الحق يجب له، فيؤثر إذنه في إسقاطه، ولو قال: اقتل عبدي، أو اقطع يده ففعل فلا ضمان.

ولو قال: اقتل أخي وهو وارثه، قال زفر رحمه الله: يجب القصاص، وهو القياس؛ لأنه غير مالك لدم أخيه، فلا يتعلق بإذنه حكم، ولأن على أصله لو أمره أن يقتله يجب القصاص، فههنا أولى، وأبو حنيفة رحمه الله استحسن، فقال: يؤخذ الدية من القاتل؛ لأن القصاص لو وجب وجب للأخ، فإذا أذن له في السبب صار ذلك شبهة، فسقط القصاص ووجب المال.

وروى أبو يوسف عن أبي يوسف رحمهما الله فيمن أمر إنسانًا أن يقتل ابنه فقتله، قتل به، ويحتمل أن يكون هذا على جواب القياس؛ ولو أمره أن يشجه فشجه لا شيء عليه، فإن مات منها كانت عليه الدية

---

(١) وفي م: "فلئن".

(٢) هكذا في الأصل، وكان في غيره: "يفقأ عينه".

قال أبو الحسن: هذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن أمره بالشج لا يكون آمرًا بالنفس كما لا يكون إبراؤه عن الشجة إبراء من النفس إلا أنه سقط القصاص للشبهة.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فيمن أمر إنسانًا أن يقطع يده فقطع فمات منها فليس على قاطعه شيء، ولا يشبه هذا العفو عن الشجة على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن عنده إذا عفا عن الشجة ولم يقل: وما يحدث منها فمات فعليه الدية، وهذا الذي رواه محمد رحمه الله مخالف لما رواه أبو يوسف رحمه الله، وسيأتي بعض هذه المسائل في الفصل الثاني عشر -إن شاء الله تعالى-.

الفصل الثالث
في بيان أصناف الدية

١٩٠٨٨ - يجب أن يعلم أن الدية في قتل الخطأ عند أبي حنيفة من ثلاثة أنواع من الدراهم والدنانير والإبل ، فمن الدراهم عشرة آلاف درهم ، ومن الدنانير ألف ، ومن الإبل مائة ، عرف هذا التقدير بأثر رسول الله ﷺ[1] وبإجماع الصحابة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الدية من هذه الأصناف الثلاثة ومن الحلل ومن البقر والغنم ، من الحلة مائتان ، ومن البقر كذلك ، ومن الشاة ألفان .

هكذا ذكر في ديات الأصل ، وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع وليّ القتيل على أكثر من مائتي حلة أو من مائتي بقرة أو من ألفي شاة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس ، وعلى قولهما : لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة إبل .

وذكر هذه المسألة في كتاب المعاقل ، وقال على قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يجوز الصلح على أكثر من مائتي حلة كما هو قولهما ، ولولا أنها من جنس الدية عنده جاز الصلح على أكثر من مائتي حلة كما جاز الصلح على أكثر من مائتي فرس ، بعد هذا قال بعض مشايخنا : في المسألة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله على رواية كتاب الديات الدية عنده من ثلاثة أنواع ، وعلى رواية كتاب المعاقل الدية عنده من ستة ، وبعضهم قالوا : ما ذكر في الديات قوله الآخر ، وما ذكر في المعاقل قوله الأول .

وجه ما ذكر في المعاقل عن أبي حنيفة رحمه الله وهو قولهما حديث عمر رضي الله عنه ، فإنه جعل الدية من الأنواع الستة ، والمروي عنه كالمرويّ عن رسول الله ﷺ ؛ لأن هذا من باب المقادير ، وإنها لا تعرف إلا سماعًا وتوقيفًا .

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" ٤/ ١٨٤ حديث (٤٥٤٢) وابن ماجه في "سننه" ٢/ ٨٧٨ حديث (٢٦٣٠) وعبد الرزاق في "مصنفه" ٩/ ٢٩١ حديث (١٧٢٧٠) والنسائي في "الكبرى" ٤/ ٢٣٣ حديث (٧٠٠١) والبيهقي في "الكبرى" ٨/ ٧٨ حديث (١٥٩٥٤) .

ثم بين المشايخ اختلاف أن الأصل في باب الدية ماذا؟ ذكر القدوري عن الكرخي أنه كان يقول: الأصل هو الإبل، فهو الواجب بدلا عن النفس عندنا، والذهب والفضة بدلها، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، وبه كان يقول أبو بكر الرازي، ثم رجع، وقال: الكل أصول وجب بدلا عن النفس، وهو ظاهر مذهب أصحابنا.

حجة من قال: الأصل هو الإبل، والذهب والفضة بدلها أن المتلف واحد يجب أن يكون مضمونا بضمان واحد قياسا على المال، وأجمعنا على أنه مضمون بالإبل، فلا يكون مضمونا بالدراهم والدنانير كيلا يلزمنا مخالفة القياس، والدليل عليه قوله عليه السلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»(١)، فقد أوجب الإبل ولم يتعرض للدراهم والدنانير، والدليل عليه ما روي عن الزهري أنه قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل، وكذا على عهد أبي بكر رضي الله عنه، وفي صدر من عهد عمر رضي الله عنه، فلما غلت الإبل أي عزت(٢) جعلت الدية من الدراهم، فقد أخبر أن الدية كانت إبلا في الأصل، وإنما صير إلى الدراهم عند العجز عن الإبل، وإذا ثبت أن الإبل هو الأصل لا يجوز للقاتل ولا للعاقلة أن يؤدي الدراهم مع القدرة على الإبل إلا برضى ولي القتيل، وعند العجز عن أداء الإبل يقضي القاضي بالدراهم أو بالدنانير باعتبار قيمة الإبل، وإن زادت قيمة الإبل على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار.

وحجة من قال: بأن هذه الأشياء كلها أصول ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لما دوّن الدواوين جعل على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، والمرويّ عن عمر رضي الله عنه كالمرويّ عن رسول الله ﷺ؛ لأن الباب باب المقادير، فقد قدر الدية من الذهب والفضة كما قدر من الإبل، فهذا دليل على أن الكل أصول وأن الذهب والفضة بدل عن النفس كالإبل.

فإن قيل: احتمل(٣) أن يكون بدلا عن النفس كالإبل، واحتمل أن يكون بدلا عن الإبل، فيجعل بدلا عن النفس حتى لا تصير النفس مضمونا بالبدل، وإنه خلاف

(١) وتخريجه قد مضى.

(٢) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: عسرت.

(٣) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل - اه: ولو أن عمر رضي الله عنه جعل الدراهم والدنانير بدلا عن النفس، واحتمل أنه جعلها بدلا عن الإبل، فيحمل ... إلخ

القياس

والجواب عنه أن الأمر كما قلت يحتمل أن يكون بدلاً عن النفس ويحتمل أن يكون بدلاً عن الإبل، فإن كان بدلاً عن الإبل يجري فيه الزيادة والنقصان بحسب الغلاء والرخص، وإن كان بدلاً عن النفس لم تجز الزيادة والنقصان كما في الإبل، فلا تثبت الزيادة والنقصان بعد تقدير الشرع بالشك والاحتمال، وأما الحديث الذي روي قلنا: في الحديث أن الإبل بدل عن النفس، وليس فيه أن الدراهم والدنانير ليس ببدل بل هو مسكوت عنه، والمسكوت عنه يتوقف على قيام الدليل، وقد قام الدليل على أن الذهب والفضة بدل عن النفس كالإبل، وهو ما روينا، أما تعلقه بحديث عمرو بن شعيب، فهو محمول على أنه كان قضى ذلك بعدما وقع القضاء بالإبل، ويستقر وجوب الإبل، وعندنا إنما يكون الفضة والذهب بدلاً عن النفس قبل القضاء بالإبل، فأما بعد القضاء بالإبل فالذهب والفضة تجب بدلاً عن الإبل، فيجب بقدر الغلاء والرخص حينئذ، فيحمل على هذا ليكون توفيقاً بين الأخبار.

أما قوله: لو جعلنا الذهب والفضة بدلاً عن النفس كان في هذا إيجاب أبدال مختلفة بمقابلة مبدل واحد وإنه مخالف للقياس، قلنا: ومتى لم نجعله بدلاً عن النفس كان في ذلك مخالفة للقياس من وجه آخر، فإن قضية القياس أن المتلف إذا لم يكن مضموناً بالمثل من جنسه يكون مضموناً بالدراهم والدنانير، فاستويا في مخالفة القياس، وترجح ما قلناه بما فيه من تقدير المقدر بالشرع وصيانته من الزيادة والنقصان.

١٩٠٨٩- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: إذا كان القاتل من أهل الإبل أو الحلل، وقضى القاضي عليه بدية من ذلك، ثم صالح بعد ذلك عشرة آلاف درهم مما قضى به عليه، وقيمة ذلك أقل من عشرة آلاف لم يجز الفضل على قيمته من قبل أنه لو أعطاه قيمة ذلك، لم يقدر الولي على رده.

وذكر في «المنتقى»: إذا قضي على أصحاب الإبل بالإبل، فصالح ولي الدم على أكثر من عشرة آلاف درهم، قال: إذا كان مما يتغابن الناس في مثله، فهو جائز، وإن كان مما لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز.

١٩٠٩٠- وفي «نوادر إبراهيم بن رستم» عن محمد رحمه الله: في الدية على

أهل الغنم ألف شاة قال أبو حنيفة رحمه الله: كلها ثنيات من الضأن والمعز، وقال محمد رحمه الله: والثنيات من المعز والجذع من الضأن كل شيء يجزئ في الأضحية يؤخذ في الدية، ولا يلتفت إلى القيمة إن زادت على عشرة آلاف درهم، وقال: أقضي على أهل الحلل مائتي حلة، كل حلة قيمتها خمسون درهماً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، كل بقرة قيمتها خمسون درهماً

١٩٠٩١ - وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً عمن يجب عليه في الدية ألف دينار هل له أن يعطي مكانها عشرة آلاف درهم والطالب يأبى ذلك؟ قال: لا إلا أن يعطيه ألف دينار أو قيمتها عشرة آلاف درهم، وكذلك إن وجب عليه إبل أو بقر أو غنم لم يكن له أن يعطي مكانه عشرة آلاف درهم إلا أن يكون القاتل قد تحول من أصحاب الإبل، فصار من أصحاب الورق، أو تحول من البادية وصار في المدينة.

والصبي كالبالغ في دية النفس، ودية المرأة في النفس على نصف دية الرجل حتى إن المرأة إذا قتلت خطأً تجب من الإبل خمسون، ومن الدراهم خمسة آلاف ومن الدنانير خمسمائة، عرف ذلك بالآثار المشهورة وإجماع الأمة ونوع من القياس، وهو القياس على الشهادة والميراث، فقد أقيم كل امرأتين مقام رجل في الميراث والشهادة، فكذا في الدية، ودية نصف الرجل من الإبل خمسون، ومن الدراهم خمسة آلاف ومن الدنانير خمسمائة، فكذا دية المرأة، ودية الذمي والمستأمن كتابياً كان أو مجوسياً ودية المسلم سواء.

وروى الهيثم بن أبي الهيثم أن رسول الله ﷺ قال: «دية المعاهد مثل دية المسلم الحر»(١)، وروى الزهري أن أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم كانوا يجعلون دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم، وعن علي رضي الله عنه: أنه قال: إنما أعطيناهم الأمان ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا -والله تعالى أعلم-.

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ٩/ ٣٥٠ حديث (٩٧٣٨) وابن أبي شيبة في مصنفه ٥/ ٤٠٧ حديث (٢٧٤٤٤) والدارقطني في سننه ٣/ ١٤٩ حديث (٢٠٢) وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٩٧ حديث (١٨٤٩٦) وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ٢٩٩.

الفصل الرابع

في الجنايات على ما دون النفس ما يجب فيه القصاص وما يجب فيه الدية

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في الشجاج:

١٩٠٩٣ - واعلم بأن أولها الخارصة: وهي التي تشق الجلد، مأخوذ من قولهم: خرص القصار الثوب إذا شقه بالدق، رواه الطحاوي ولا يدميه، ثم الدامية: وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا يسيل، هكذا ذكر الطحاوي، وذكر شيخ الإسلام وهي التي تقشر الجلد وتدميه، سواء كان سائلاً أو غير سائل، ثم الدامعة: وهي التي تدمي وتسيل الدم، هكذا ذكر الطحاوي في كتابه، وذكر شيخ الإسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان، مأخوذ من دمع العين، وكأنها سميت بهذا الاسم؛ لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه [لما يجد من الألم](١)، ثم الباضعة: وهي التي تبضع اللحم أي يقطعه، قال شيخ الإسلام: ولا تنزع شيئاً من اللحم، ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم، وتنزع من اللحم شيئاً، ثم السمحاق: وهي التي تقطع اللحم، وتبدي الجلدة التي بين اللحم والعظم، ثم الموضحة: وهي التي تقطع الجلدة التي بين اللحم والعظم، وتوضح العظم، ثم الهاشمة: وهي التي تهشم العظم أي تكسره، ثم المنقلة: وهي التي تنقل العظم من موضع إلى موضع، ثم الآمة: وهي التي تصل إلى أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ، ثم الدامغة: وهي التي تقطع تلك الجلدة، وتصل إلى الدماغ.

وأما أحكامها: ففي الموضحة إذا كانت عمداً القصاص بلا خلاف لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ وأمكن استيفاء القصاص في الموضحة؛ لأن القصاص عبارة عن

(١) هكذا في م و ف، وكذا في الأصل، ولعله: [illegible] من الألم

المساواة ويمكن اعتبار المساواة؛ لأنه يحتاج فيه إلى كسر العظم، وفيما بعد الموضحة
من الهاشمة والمنقلة وغيرهما لا قصاص بالإجماع، وإن كانت عمداً لأنه لا يمكن اعتبار
المساواة وفيما قبل الموضحة، روى الكرخي عن أصحابنا: أنه لا قصاص وإن كانت
عمداً، وبه أخذ بعض مشايخنا، وذكر محمد رحمه الله في الأصل: أنه يجب وبه
أخذ عامة المشايخ، وجه ما ذكره الكرخي: أن القصاص فيما دون النفس يقف على
المساواة في القيمة، ولا يعرف المساواة في هذه الشجاج من طريق الإحاطة واليقين،
وإنما يعرف بالتخمين والحزر والظن.

وجه ما ذكر في الأصل ما روينا من النص، وذكرنا من المعنى أن استيفاء
القصاص في هذه الشجاج ممكن، لأن اعتبار المساواة فيها ممكن، إذ ليس فيه كسر عظم،
ألا ترى أن الموضحة إذا كانت عمداً، يجب منها القصاص، وإنما وجب لما قلنا.

حكي عن بعض المشايخ: أن طريق استيفاء القصاص في هذه الشجاج على رواية
الأصل أن يقدر غور[1] الجراحة بمسبار، ثم يعمل على حديدة على قدره، فينفذ في
اللحم... إلخ، فيستوفي منه مثل ما فعل كالموضحة، وقولهم: بأن المساواة في القيمة
شرط، قلنا: المساواة في القيمة إنما يعتبر في الأطراف، أما فيما دون الأطراف من
الجراحات فلا، وهذا لأن قضية القياس في الأطراف أن يعتبر المساواة في الأجزاء، ولا
يعتبر المساواة في القيمة؛ لأن المستوفى بالقصاص الأجزاء لا غير، لكن عرفنا المساواة
في القيمة بالنص، وهو حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه، والنص الوارد باعتبار
المساواة في القيمة في الأطراف، وأمر الأطراف أعم؛ لأن في قطع الأطراف تفويت
المنفعة، وإلحاق الشين لا يكون وارداً في هذه الشجاج، وفيه إلحاق الشين دون قطع
المنفعة، فرد هذه الشجاج إلى ما يقتضيه القياس.

فإن قيل: إذا سقط اعتبار المساواة في القيمة في الجراحات، ينبغي أن يجري
القصاص بين الرجل والمرأة في هذه الجراحات، وقد نص محمد رحمه الله: أنه لا
يجري القصاص بين النساء والرجال فيما دون النفس.

قلنا: في الأطراف إنما لم يجر القصاص بين الرجال والنساء لعلتين: إحداهما:

(١) هكذا في م و ف، وكان في الأصل: عور.

يكن مضطراً في ذلك[1] بخلاف الشهود عنده؛ لأنه كان مضطراً في أداء المال، فإنه متى لم يؤده حبسه القاضي.

فإن قيل: المجني عليه كان مضطراً في الإنفاق على الجراحة، فإنه يخاف السراية لو لم يعالج.

قلنا: خوف السراية لا يثبت الاضطرار؛ لأن السراية موهومة، ولا يثبت الاضطرار بالموهوم.

وفي الموضحة نصف عشر الدية خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر الدية عشر من الإبل، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشرها، وذلك خمس عشر من الإبل، وفي الآمة ثلث الدية، وفي هذا كله إذا برئ، ولم يبق لها أثر لا يجب شيء إلا عند محمد رحمه الله، فإنه قال: يجب مقدار ما أنفق إلى أن برأ، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله رجل شج رجلاً موضحة، فبرأت، ونبت الشعر، قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس عليه شيء، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الأرش كملاً، وإن برأت ولم ينبت الشعر، فعليه الأرش في قولهم جميعاً.

١٩٠٩٤ - وفي "العيون": شج رجلاً موضحة فبرأت ونبت الشعر فالقياس أن لا يجب شيء، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يستحسن أن يجعل عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب، وكذا كل جراحة برأت، وذكر القدوري أن أجرة الطبيب قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: عليه حكومة عدل فيما لحقه من الألم.

١٩٠٩٥ - وفي "العيون": شج رجلاً منقلة، فبرأت حتى لم يبق لها أثر، فلا شيء عليه من حلا ثمن الأدوية، والذي عالجها به، وهو رواية عن أبي يوسف، وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب شيء ولو برئ من أثر الشجة، وبقي شيء قليل، قال: إذا بقي شيء من أثرها بعد البرء وإن قل، فعليه أرش المنقلة؛ لأن الأرش إذا وجب لا يسقط إلا إذا زال سبب وجوبه من كل وجه.

في "نوادر هشام" قال: سألت محمداً رحمه الله عن رجل شج رجلاً موضحة

---

(١) هكذا في ط، ب، م، وكان في الأصل: في ذلك، وذلك بخلاف... إلخ.

عمداً، فداواها المجروح قبل أن يتخاصما إلى القاضي حتى برأت، ثم قامت البيّنة على الموضحة، وأثر الشجة من ذهاب الشعر، قال: أسأل البيّنة ما كان[1] مقدار الموضحة، فإن قالوا: لانعلم مقدارها إلا أنها قد أوضحت عن العظم، لم أقبل شهادتهم في القصاص، ولكن أضمّنه في ماله خمسمائة، وإن ذهب من شعر الرأس شيء، فعليه أرش ذلك، وتدخل الموضحة فيه.

ولم يذكر محمد في الكتاب الدامغة؛ لأن الدامغة ما تصل إلى الدماغ، والآدمي لايعيش معها، فكان قتلاً، فلا معنى لذكرها في الشجاج.

قال: ولا تكون الآمّة إلا في الرأس، أو في الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلى الدماغ، معناه لا يجب حكمها؛ لأن الآمّة ما بلغت الجلدة التي هي على الدماغ، وأما الموضحة والهاشمة والمنقلة فإن موضع هذه الشجاج الثلث[2] الرأس والوجه جميع المواضع منهما في ذلك على السواء، حتى لو وجدت هذه الشجاج في غيرهما من البدن يجب فيه حكومة عدل، والذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافاً لمالك رحمه الله حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلاث في غير الوجه والذقن واللحيين فليس فيها أرش مقدر.

١٩٠٩٦- وفي الجائفة ثلث الدية، والجائفة ما يكون في الجوف سميت بهذا الاسم؛ لأنه حصلت إلى الجوف، وإذا نفذ إلى الجانب الآخر ففيها ثلث الدية؛ لأنها تصير جائفتان حينئذ، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ، وقضى به أبو بكر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة، ولا تكون جائفة، أي لا يجب حكمها إلا إذا كان على الصدر أو على البطن أو الظهر أو الجنبين؛ لأن الجائفة ما يصل إلى الجوف ولا تكون جائفة على الوجه، وإن نفذت إلى الفم، وفيه حكومة عدل.

وذكر في باب الشجاج من الإيضاح ما وصل من الرقبة إلى موضع لو وصل إليه الشراب كان مفطراً كان جائفة؛ لأن لذلك الموضع حكم الجوف وما فوقه، فليس

---

(١) وفي م: بأن كان.

(٢) وفي م: ثلث الرأس.

محققة.

قال في "المنتقى": وإن كان بين الأنثيين والدبر حتى وصل إلى الجوف، فهي جائفة، وما دون الموضحة تستوعبها جميع البدن، وليس في شيء من الجراحات أرش مقدر إلا في الجائفة، ولا يقتص في شيء من ذلك قبل البرء، وكذلك لا يحكم بأرشها قبل البرء إذا كانت خطأ وفيه أثر، ولأن من أصلنا في العمد أنه لو مات منها وجب القصاص في النفس دون الجراحة، فلو استوفينا القصاص في الحال فيها، فقد استوفيناه مع أنا لا نعلم أنه المستحق، وهذا لا يجوز

١٩٠٩٧ - وفي الخطأ الجناية فيما دون النفس قد يوجب أكثر[1] من الدية، وإذا سرت أوجبت الدية، فلو حكمنا بالأرش قبل البرء، فقد استوفينا ما لم نعلم استحقاقه، وإنه لا يجوز، وقصاص الشجة يستوفى على مساحة الشجة في طولها وعرضها، وإذا كانت في مقدم الرأس أو مؤخره أو وسطه أو جبينه[2] وعلى مثل ذلك بالشاج في ذلك الموضع من رأسه، ولو شجه موضحة، فأخذت ما بين قرني المشجوج، وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج خير المشجوج إن شاء اقتص، ويبدأ من أي جانب أراد حتى يبلغ مقدار طول الأولى إلى حيث يبلغ، ثم يكف، وإن شاء أخذ الأرش، وإن كانت تأخذ ما بين قرني الشاج أبعد ويفضل، فإن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص ما بين قرني الشاج لا يزيد، وإن كانت في طول رأس المشجوج، وهي تأخذ من جبهة الشاج إلى قفاه، فإن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص إلى مثل موضعها من رأسه، ولا يزيد عليه، وإن كان بين جبهة المشجوج، ولم يبلغ من الشاج إلا إلى نصف ذلك، فإن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص مقدار شجته إلى حيث يبلغ، ويبدأ من أي الجانبين شاء.

١٩٠٩٨ - وفي "العيون": أصابع ذهب لحمها من كبر، فشجه رجل موضحة عمدًا، فعلى الشاج الأرش دون القصاص؛ لأن موضحة الأصابع أطول، فإن كان الشاج أصابع أيضًا وجب القصاص للمساواة، وإن لم يكن الشاج أصابع، لكن رضي أن يقتص منه ليس له ذلك، وعليه الأرش كصحيح اليد يقطع يد الأشل، ثم يرضى أن

(١) وفي م: "أقل من الدية".

(٢) وكذا في الأصل: "جبينه".

وذلك بتفسيره فقال: لا شيء عليه إلا أنه يؤدب عاقل، فقال: أن الذنب يطول والشعر ينبت، ومعنى هذا الكلام أنا لو قضينا بالأرش في الحال فربما نبت الشعر وطال الذنب بعد ذلك، وعاد إلى حاله كما كان يجب ردّ الأرش، فلا يعيد القصاص بالأرش، فلو لم يطل، ولم ينبت الآن يكون له حكم -والله أعلم-.

نوع آخر:

١٩١٠٤ - ولا قصاص في جلدة الرأس أو البدن إذا قطع منها شيء، وكذا في لحم الخدّين والظهر والبطن إذا قطع منه شيء، وكذا في الذقن، وكذا القصاص في اللطمة والوكزة، وفي الوجأة واللدمة والدقة؛ لأن ذلك أمر لا يجري فيه كالكلام المحض، وإذا سلخ جلدة الوجه ففيه الدية كاملة لتفويت الجمال على الكمال كما نبيّن بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر في الأذن:

١٩١٠٥ - وفي الأذنين الشاخصتين في الخطأ الدية كاملة للحديث ولتفويت جمال على الكمال، وفي إحداهما نصف الدية، واعلم بأن المراعى في إيجاب الدية كاملة فيما دون النفس فوات جنس منفعة على الكمال أو فوات جمال على الكمال، وهذا أصل مستنبط من الحديث، بيانه أن النبي ﷺ أوجب في اللسان الدية، وفي الذكر الدية، فقد روى محمد بن عمرو بن حزم عن جده: «أن النبي ﷺ كتب له كتابًا حين بعثه إلى اليمن، وبيّن فيه الديات، وكتب أن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف الدية وفي الشفتين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأذنين الدية»[1]، وفي قطع اللسان وقطع الذكر تفويت جنس منفعة على الكمال، وهي منفعة النطق ومنفعة

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١٤/٥٠١، والنسائي في المجتبى ٨/٥٧ حديث (٤٨٥٣)، ومالك في موطئه ٨/٨٦٦ حديث (١٥٥٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٥/٣٦٦ حديث (٢٦٩٣٥)، وعبد الرزاق في مصنفه ٩/٣٤٣ حديث (١٧٤٥٩)، والنسائي في الكبرى ٤/٢٤٥ حديث (٧٠٥٩)، والبيهقي في الكبرى ٨/٨٨ حديث (١٦٠٢٧)، والدارمي في سننه ٢/٢٥٣ حديث (٢٣٦٦).

الإيلاء، وفي قطع الأذن تفويت جمال على الكمال لا تفويت جنس المنفعة؛ لأن منفعة الأذن السمع، والسمع لا يفوت على الكمال بقطع الأذن، بل يتمكن فيه نقصان، فيراعى هذا المعنى في الأعضاء التي لا تعرف فيها، وبتفويت السمع تجب الدية كاملة لتفويت جنس منفعة على الكمال، وطريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب. هكذا محمد رحمه الله في الأصل، وهكذا ذكر في «المنتقى»[1] عن أبي حنيفة رحمه الله.

وحكى الناطفي عن أبي حامد البصري، والقدوري عن إسماعيل بن حماد: أن امرأة تطارشت يعني تصاممت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها، ثم قال لها فجأة: غطي عورتك، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها، وظهر مكرها، وقال أبو يوسف رحمه الله في «المنتقى»: لا يعرف ذهاب السمع، والقول قول الجاني، وإذا يبست الأذن أو تحشفت ففيها حكومة العدل، وإذا قطع الأذن كلها عمدا ففيها القصاص، وإن قطع بعضها ففيه كذلك إذا كان يستطاع، ويعرف ما هو نقله الكرخي، وهو إشارة إلى أن المماثلة في الأطراف في مقدار المقطوع شرط.

١٩١٠٦: وفي «المنتقى» عن أبي حنيفة رحمه الله: إن قطع نصف الأذن وكان يقدر على أن يقتص منه مثل ذلك اقتص منه، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: للأذن مفاصل، وإذا قطع منها شيئا وعلم أن القطع من المفصل اقتص منه، والمرجع في معرفة المفاصل إلى أهل البصر، فإن قالوا: للأذن مفصل، وقد قطع القاطع من مفصل يقتص من ذلك المفصل، وإن قالوا: لا مفاصل له يقطع من أذن القاطع قدر ما قطع.

١٩١٠٧: وفي «الأجناس»: إذا كان أذن القاطع صغيرة الخلقة وأذن المقطوع كبيرة الخلقة كان المقطوع أذنه بالخيار إن شاء ضمنه نصف الدية، وإن شاء قصها على صغرها، وكذلك لو كانت خرقاء مشقوقة، وإن كان الناقص هي التي قطعت، كان له حكومة عدل.

١٩١٠٨- وإذا قطع الرجل أذن رجل خطأ، وألصق المقطوعة أذنه في مكانها فثبتت، فعلى القاطع أرش الأذن كاملا. قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: هذا الجواب

(١) هكذا في جميع النسخ

غير صحيح؛ لأن الأذن لا يتصور إثباته بالاحتيال، وإنما يثبت باتصال العروق، وإذا ثبت، فالظاهر أنه اتصل بالعروق، فزالت الجناية، فيزول موجبها

نوع آخر

في العين:

١٩٠٠٩ - وفي العينين إذا فقئتا خطأً كمال الدية، وفي إحداهما نصف الدية، وكذلك إن لم تفقأ، ولكنها انخسفت، أو ذهب بصرها، وهي قائمة، يجب كمال الدية فيهما، ونصف الدية في إحداهما، وإنما وجب كمال الدية فيهما للحديث، ولفوات جنس المنفعة على سبيل الكمال، وفوات الجمال على الكمال، وفي «شرح الطحاوي»: أن في عين الأعور[1] نصف الدية.

وقال بعض العلماء: فيه كمال الدية؛ لأن العين الواحدة له كالعينين لصاحب العين، وتكلموا في طريق معرفة ذهاب البصر، قال محمد بن مقاتل الرازي: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوحة العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باقٍ، وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب.

وذكر الطحاوي في كتابه: أنه يلقى بين يديه حية، فإن هرب منها علم أنه لم يذهب بصره، وقال محمد رحمه الله في «الأصل»: ينظر إليه أهل ذلك، وإن لم يعلم ذلك به ذكر أنه يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجاني مع يمينه على البتات، أما اليمين فلأن المجني عليه يدعي موجب الجناية، والجاني ينكر، وأما على البتات؛ لأنه هذا يمين على فعل نفسه، وهو ذهاب بصر غيره، وفي قطع الجفون التي لا شعور عليها حكومة عدل.

وإذا كان جنى على الأهداب واحداً وعلى الجفون واحداً كان على الذي جنى على الأهداب تمام الدية، وعلى الذي جنى على الجفون حكومة عدل.

١٩٠١٠ - قال في «الأصل»: إذا فقئت العين عمداً، فذهب ضوؤها، ولم ينخسف:

[1] في م: العوراء، مكان: عين الأعور.

فيها القصاص؛ لأن اعتبار المساواة ممكن بأن تحمى بأن يحمي مرآة وتربط على عينه الأخرى، ويوضع على وجهه قطن، ثم يقرب المرآة من عينه حتى يذهب نورها، وتبقى العين على حالها بخلاف ما لو انخسفت العين؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة في ذلك، وذكر الكرخي: أنه لا قصاص في العين إذا قورت أو انخسفت، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوؤها. وهو إشارة إلى ما قلنا: إنها إذا قورت، فاعتبار المماثلة فيها غير ممكن.

١٩١١١ - وقال في المنتقى: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا قصاص في فقء الحدقة، إنما القصاص في العين إذا ضربها فذهب ضوؤها والعين قائمة، فإن قلع حدقة إنسان، فقال المقلوع حدقته: أنا أرضى أن يخسف عين هذا ولا تقلع حدقته آخذ دون حقي، ذكر في المنتقى: قال محمد رحمه الله: ليس له ذلك.

وأما إذا ضرب عين إنسان عمداً فابيضت بحيث لا يبصر بها لا يجب القصاص عند عامة العلماء؛ لأن إذهاب بصرها بالابيضاض بالضرب بحيث لا يتعدى إلى غيره متعذر، فصار عاجزاً عن استيفاء القصاص، فلا يجب، وفي كل موضع وجب القصاص لا فرق فيما إذا حصل الضرب بالسلاح أو بشيء آخر غير السلاح، فليس فيما دون النفس شبه العمد.

١٩١١٢ - وفي الأجناس: لو ضرب عين إنسان بإصبعه ضربة خفيفة فذهب بصره وقد تعمد ذلك فعليه القصاص، وهو إشارة إلى ما قلنا، قال: وإن مات من ذلك، فدية النفس على العاقلة جعله عمداً فيما دون النفس، وشبه عمد في النفس، وقد تقدم جنس هذا.

١٩١١٣ - وفي الأجناس أيضاً: إذا فقأ العين اليمنى من رجل والعين اليسرى من آخر فاقتص، وعينه اليمنى قائمة، تقتص من عينه اليمنى، وترك أعمى.

وفي الأجناس أيضاً: إذا فقأ عيناً حولاء، فإن كان الحول لا يضر ببصره يجب القصاص، وإن كان الحول شديداً ينقص من البصر، يجب حكومة عدل.

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله: من فقأ عيناً حولاء لا قصاص عليه مطلقاً، وإن كان الفاقئ شديد الحول يبصر ذلك ببصره، ففقأ عيناً ليس فيها حول كان

المفقوءة عينه بالخيار إن شاء اقتص، وإن شاء، ضمّنه نصف الدية؛ وفي "الأصل": إذا فقأ عين رجل وفي عين الفاقئ نقص يسير، فالمفقوءة عينها بالخيار إن شاء، أخذ عينه الناقصة، وإن شاء، أخذ دية عينه.

في "الجامع": رجل فقأ عين رجل وعين الفاقئ بيضاء، فالمفقوءة عينه بالخيار إن شاء، فقأ العين البيضاء إذا كان استطاع فيه القصاص، وإن شاء، أخذ أرش عينه؛ لأن محل حقه موجود، ولكن دون حقه في الوصف والمنفعة، فيتخيّر لهذا، واختلفوا في تأويل قوله في الكتاب: إذا كان استطاع فيه القصاص، وأصحّ ما قيل فيه ما نقل عن الكرخي رحمه الله أن تكون عين الفاقئ قائمة يبصر شيئًا قليلا؛ لأنه إذا كان هذا كانت قائمة في نفسها، ولكن بوصف النقصان فيتخيّر.

فأما إذا كان شحمة بيضاء لا يبصر شيئًا أصلا، ففي هذه الصورة لا قصاص فيها؛ لأنه لا عين للفاقئ في هذه الصورة، فهذا هو تفسير استطاعة القصاص ههنا، وإن لم يخيّر شيئًا حتى فقأ رجل عين الفاقئ، فقد بطل حق المفقوءة عينه الأول؛ لأن حقه متعلق بالعين، قال الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾[1]، وإنما ينتقل إلى المال إذا اختار المال عند تخيير القاضي أو عند تخيير الجاني، أما قبل ذلك حقه في العين، فإذا فات قلنا من غير أن يقضي به حقًا واجبًا عليه كان الهلاك على المفقوءة عينه كما لو كان للفاقئ عينًا صحيحة، فإن اختار المفقوءة عينه الأول الدية، ثم فقأ أجنبي عينه البيضاء بطل إن صحّ اختياره، ينتقل حقه عن العين إلى الدية، فلا يبطل حقه بفوات العين، وإن لم يصحّ اختياره بقي حقه في العين، فيبطل حقه بفوات العين، وصحة اختيار المال يبتني على تخيير القاضي أو على تخيير الجاني، أما إذا اختار بنفسه لا يصحّ الاختيار، وله أن يرجع إلى القصاص إذا انجلى البياض.

ثم في كل موضع صحّ اختيار المجني عليه المال ليس له أن يرجع إلى القصاص، وإن زال البياض من عين الجاني؛ لأن النقل تقدم لقيام دليله يوم النقل، فلا يحتمل العود إلى القصاص بعد ذلك، وإن لم يخير المجني عليه شيئًا حتى زال البياض من عين الجاني فليس لواحد منهما أن يمتنع من القصاص؛ لأن حق المجني عليه في عين العين،

---

(١) سورة المائدة: الآية ٤٥.

عدل.

بالوزا في اختلفاه بطريق التعلم أو بطريق الملاعبة، فضرب أحدهما خشبة على عين الآخر، وذهب عينه يجب القصاص؛ لأنه عمد إلا إذا تعذر إيجاب القصاص بأن خرج العين، فحينئذ تجب الدية. ولا يقتص من العين اليمنى باليسرى، ولا من اليسرى باليمنى، وإن كانت عين المقتص منه أكبر من عين الجاني أو أصغر، فهو سواء، ويقتص له.

نوع آخر

في الأنف:

١٩١١٨ - قال محمد رحمه الله: وفي الأنف الدية كاملة للحديث ولفوات جنس منفعة على الكمال، وهي منفعة استمساك المخاط وفوات جمال على الكمال، وفي المارن الدية كاملة لفوات جنس منفعة وفوات جمال على الكمال، وقيل: حكومة عدل

وإذا ضرب أنف رجل وذهب شمه، يجب كمال الدية في القدوري، وعن محمد أنه يجب حكومة عدل، وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة، فإن نفر عن ذلك علم أنه لم يذهب شمه

١٩١١٩ - وفي المنتقى: إذا جنى عليه، فصار لا يتنفس من أنفه، ويتنفس من فمه، فعليه حكومة عدل، وفي شرح الطحاوي: إذا قطع المارن ثم الأنف، فإن كان قبل البرء، يجب دية واحدة، وإن كان بعد البرء، تجب الدية في المارن، وحكومة عدل في الباقي.

١٩١٢٠ - في جنايات الحسن: إذا كان أنف القاطع أصغر كان المقطوعة أنفه بالخيار إن شاء قطع أنفه، وإن شاء أخذ أرشه، وإن كان في أنف القاطع نقصان من شيء أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح، فكذلك الجواب المقطوعة أنفه بالخيار إن شاء قطع أنف القاطع وإن شاء ضمنه دية الأنف.

وفي القدوري: في الأنف المقطوعة أرنبته حكومة عدل.

وفي الأصل إذا كسر أنف إنسان ففيه حكومة عدل؛ وإذا قطع كل المارن عمداً، يجب القصاص، وإذا قطع بعضه، لا يجب، وإذا قطع قصبة الأنف، لا يجب القصاص بالاتفاق؛ لأنه عظم، وإذا قطع كل الأنف، لا يجب القصاص عند محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله: يجب هكذا ذكره الكرخي.

قال القدوري: أراد بقوله: إذا قطع كل الأنف، يجب القصاص على قول أبي يوسف رحمه الله كل المارن، أما قصبة الأنف عظم، ولا قصاص في العظم بالإجماع.

نوع آخر

في الشفتين:

١٩١٢١- قال محمد رحمه الله في الأصل: في الشفتين كمال الدية، وفي إحداهما نصف الدية، العليا والسفلى في ذلك سواء، هذا هو حكم الخطأ.

وأما حكم العمد فقد ذكر الطحاوي رحمه الله في شرحه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان يستطيع أن يقتص فيه، فعليه القصاص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى.

في القدوري: إذا قطع كل الشفة، يجب القصاص، وإن قطع بعضه، لا يجب - والله أعلم -.

نوع آخر

في الأسنان:

١٩١٢٢- قال في "المنتقى": ومن أراد قلع سنك ظلماً، فلك أن تقتله إذا كنت في موضع لا يعينك الناس. ومن أراد حلق لحيتك، أو أراد أن يبرد سنك بمبرد، فليس أن تقتله، وإن كان لا يعينك الناس؛ لأن الأول جرح، والثاني ليس بجرح.

وقال محمد رحمه الله في "الأصل": ولا يقتص من عظم ما خلا السن، وهذا

لأن القصاص في ما عدا السن من العظم إنما يجري لتعذر اعتبار المساواة، واعتبر المساواة في السن ممكن على ما نص - إن شاء الله تعالى - بعد هذا، وينبغي أن يؤاخذ الضرس بالضرس، والثنية بالثنية والناب بالناب؛ ولا يؤاخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى، وبعد ذلك ينظر إن كانت الجناية بكسر بعض السن، يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر، وهذا بالاتفاق، وإن كانت الجناية بقلع سن، ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع؛ لأنه لا يؤمن الزيادة، ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم، ويسقط الباقي، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه يقلع من القالع، وروي عن رسول الله ﷺ: أنه أمر بقلع سن الربيع حين قلع سن الغير، وقال في كتاب الله القصاص[1]، وإليه أشار محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» حيث ذكر لفظه النزع والقلع واحد، وفي الزيادات نص على القلع.

١٩٦٢٣ - وفي «الجامع الصغير»: وإذا كسر سن إنسان وسن الكاسر أكبر يقتص منه، كذلك في القلع، ولا قصاص في السن الزائدة، وإنما فيها حكومة عدل.

وإذا كسر ربع سن إنسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه، ولا ينظر على الصغير والكبير، بل يكون على قدر ما كسره من السن.

وفي «المنتقى»: إذا كسر من سن رجل طائفة منها تعقر بها حولاً فإن تم العمل وأمكن بريه، فعليه القصاص يبرد بمبرد، ويطلب لذلك طبيب عالم، ويقال: كم ذهب منها؟ فإن قال: ذهب النصف، يبرد مثله من سن القالع النصف.

وفيه أيضاً: إذا كسر من سن رجل بعضها وسقط ما بقي فإن أبا يوسف رحمه الله

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» ٢/٩٦١ حديث (٢٥٥٦) و٤/١٦٣٥ حديث (٤٢٢٩) و٦/٢٥٢٦ [illegible]، ومسلم في «صحيحه» ٣/١٣٠٢ حديث (١٦٧٥)، وأبو داود في «سننه» ٤/١٩٧ حديث (٤٥٩٥)، والنسائي في «سننه» ٨/٢٦-٢٧ حديث (٤٧٥٥) و٤٧٥٧، وابن ماجه في «سننه» ٢/٨٨٤ حديث (٢٦٤٩)، وفي «الكبرى» ٤/٢٢٥ و٦/٢٨، وأحمد في «مسنده» ٣/١٢٨ حديث (١٢٣٢٤)، وأبو يعلى أيضاً في «مسنده» ٦/٣٣٠ حديث (٣٦٥٩)، والطبراني في «الكبير» ١/٢٦٤ و٢٤/٢٦٦ حديث (٧١٦) و(٦٧٤)، والبيهقي في «الكبرى» ٨/٦٤.

كان يقول: يجب القصاص، وفي القدوري: أنه لا قصاص في المشهور، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا نزع الرجل سن رجل، فنبت نصفها، فعليه نصف أرشها، ولا قصاص في ذلك، وإن نبت بيضاء تامة، ثم نزعها آخر انتظر لها سنة، فإن نبت، وإلا اقتص منه ولا شيء على الأول، وقال ابن أبي مالك: وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه بقدر الألم، وإن نبتت صفراء، فعليه حكومة عدل.

وروى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: في السن إذا نزعت ينتظر بها سنة، فإن لم ينبت اقتص منه، وإن نبتت صفراء، ففيها حكومة عدل.

وروى ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: في السن إذا نزعت ينتظر بها البرء، ثم يقتص من الجاني.

وفي شرح الطحاوي: إذا كسر بعض سن إنسان عمداً، ثم اسود الباقي بذلك، أو احمرت واخضرت، أو دخلها عيب بوجه من الوجوه، فلا قصاص، ويجب الأرش في ماله، وفي الأصل: كسر سن إنسان عمداً، واسود الباقي لا يجب القصاص، ويجب الأرش في ماله، وبهذه الرواية تبين أن ما ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير: وإذا كسر بعض من إنسان، واسود الباقي، فينبغي أن يجب فيها حكومة عدل، ليس بصحيح، ولو قال المجني عليه: أستوفي القصاص في المكسور، وأترك ما اسود، ليس له ذلك.

١٩١٢٤ - وإذا ضرب سن إنسان، فتحرك بسبب ذلك حولاً، فإن احمر أو اخضر أو اسود يجب الدية كاملة في مال الجاني يعني دية السن، وإذا اصفر اختلف المشايخ فيه، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، قال بعضهم: يجب كمال أرش السن كما في الاسوداد والاحمرار، وبعضهم قالوا: يجب حكومة عدل؛ لأنه لا يفوت جنس منفعة السن ولا يفوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الأسنان، وإنما تمكن فيه نوع نقص، فيجب حكومة عدل، فأما الخضرة والحمرة والسواد لا يكون لون الأسنان بحال، فيكون مفوت جمال على الكمال، إن فات منفعة المضغ، وإن لم تفت منفعة المضغ يكون مفوت جمال على الكمال، وتفويت الجمال على الكمال كاف لإيجاب كمال الأرش كما في الأذن.

وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي في شرحه: أن في هذا الفصل اختلاف الروايات.

روي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يلزمه كمال الأرش كما في الاسوداد.

وعن محمد رحمه الله أنه قال: ينظر في ذلك، فإن كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار ما يلحقه من الشين بسبب الاسوداد، يلزمه كمال الأرش وإلا فبقدر الشين.

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه حكومة عدل، وذكر القدوري أن هشاماً روى عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله: أن سن الحر إذا اصفرت، فلا شيء عليه، وإن كان عمداً، ففيه حكومة عدل، وعن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: أن فيهما حكومة عدل.

وروى ابن مالك عن أبي يوسف: أن الصفرة إذا اشتدت حتى صارت كالخضرة، ففيها كمال الأرش، وإن كان دون ذلك، ففيها حكومة العدل.

ثم إن محمداً رحمه الله أوجب كمال الأرش بالاسوداد كلها، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى، أو من العوارض التي ترى، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل، إن كان السن من الأضراس التي لا ترى إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملاً، وإن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل؛ لأن منفعته قائمة، وجماله ليس بظاهر، فهو كشدوة بالرجل، فيجب فيه حكومة عدل، وإن كان السن من العوارض التي ترى، وتظهر من الإنسان، يجب كمال الأرش بالاسوداد وإن لم يفت منفعته؛ لأنه فوت جمالاً ظاهراً على الكمال.

١٩١٢٥ - وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ، ثم نبت، فلا شيء على القالع عند علمائنا رحمهم الله، وروي عنهما في النوادر: أنه يجب الأرش، والصحيح ما قلنا؛ لأن القياس يأبى وجوب الأرش بالقلع، وإن لم تنبت أخرى؛ لأن منفعتها ليس بمال، ولكنا تركنا القياس بالنص، والنص إنما أوجب الأرش إذا لم تنبت مكانه أخرى، فإذا نبت مكانه أخرى، يبقى على أصل القياس، فإن نبت أخرى سوداء، بقي الأرش على حاله؛ لأن الأولى لو كان قائماً، واسود بسبب الضرب، يجب الأرش كملاً، فهنا أولى.

١٩٦٢٦ - وإذا نزع سن رجل عمداً، أو انتزع المنزوعة سنه سن النازع، ثم نبت سن الأول، فعلى الأول أرش سن الثاني؛ لأن الأول لما نبت تبين أن القصاص لم يجب وأن الثاني نزع بغير حق، كان ينبغي أن يجب القصاص، لكن لم يجب القصاص لمكان الشبهة، فلا أقل من أن يغرم الأرش ولو نبت معوجا يجب حكومة عدل، ذكر المسألة في "الجامع الصغير".

١٩٦٢٧ - وفي "الزيادات": إذا قلع الرجل ثنية رجل عمداً فاقتص له من ثنيته القالع، ثم نبت ثنيته المقتص منه، لم يكن للمقتص له أن يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانياً؛ لأنه استوفى عين حقه مرة، وبمثله لو نبت ثنية المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه غرم المقتص له للمقتص منه أرش ثنيته، وهي المسألة المتقدمة، فقد جعل ثنية المقتص له التي نبت كأنها عين الأولى، حتى ظهر أن القصاص لم يكن واجباً، وجعل ثنية المقتص منه التي نبت كأنها غير الأولى حتى لم يكن للمقتص له عليها سبيل، والوجه في ذلك أن الثنية الثانية غير الأولى حقيقة إلا أنها حصلت في المحل الأولى، فاعتبر اتحاد المحل في حق ثنية المقتص له التي نبت حتى غرم الأرش، واعتبر المغايرة حقيقة في حق ثنية المقتص منه حتى لم يكن للمقتص له عليها سبيل.

١٩٦٢٨ - قال في "الأصل": إذا نزع ثنية رجل وثنية الجاني سوداء، فالمجني عليه بالخيار على نحو ما ذكرنا في مسألة العين، وتخريج هذه المسألة على نحو تخريج العين، ولو نزع ثنية رجل وثنية النازع سوداء، فلم يخير المجني عليه شيئاً حتى سقطت السن السوداء، ونبت مكانه أخرى صحيحة، فقد بطل حق المجني عليه؛ لأن حق المنزوعة سنه في السن السوداء، فإذا لم تقلع حتى سقطت فقد ذهب عين حقه لا لمعنى وجد من جهة من عليه، فبطل حقه، ولو قلع رجل ثنية القالع مقلوعة، ثبت ثنيته بعد القلع، فلا قصاص فيه، وللمقلوعة ثنية أرشها؛ لأن المقلوعة ثنية لم يستحق القصاص وقت القلع لعدم محله إنما استحق المال، والمال بعد وجوبه لا يعود إلى القصاص أبداً.

١٩٦٢٩ - قال في "الأصل": إذا قلع الرجل سن رجل، فأخذ المقلوعة سنه سنه، فأثبتها في مكانها فثبت وقد كان القلع خطأ، فعلى القالع أرش السن كاملاً؛ لأن الأرش إنما يسقط إذا زالت الجناية من كل وجه، والجناية ههنا لم تزل؛ لأن السن في هذه

١٩٦٣٤ - وأما في البالغ لا يستأنى، لأن الغالب في البالغ أنه لا ينبت ثانيا، ومتى نبت كان نادرا، والنادر لا عبرة له، فلم يكن الاستئناء في البالغ حال القلع مفيدا، إلا أن في البالغ ينتظر حتى يبرأ موضع السن؛ لأنه يحتمل السراية، فينتظر هذا المقدار.

وبعض مشايخنا قالوا: الاستئناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام: «في الجنايات كلها يستأنى حولا».

وفي «المجرد» عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا نزع سن إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا من النازع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت سنة ولم ينبت اقتص منه.

قال هشام في «نوادره»: قلت لمحمد رحمه الله: فيمن ضرب سن رجل، فسقط، أنتظر به حولا لعلها تنبت، فقال: لا، فقلت: قال واحد من إخوانك: ينتظر، قال: لا إنما ذلك إذا تحركت، ثم في فصل التحريك إنما أوجب الاستئناء حولا، فإن لم يسقط، فلا شيء على الضارب.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: تجب حكومة عدل الألم أي أجر المعالج والطبيب، ذكر هذه الرواية مع هذا التفسير في «شرح الطحاوي»، وإن سقط السن في السنة من تلك الضربة، فإن كان عمدا تجب القصاص، وإن كان خطأ تجب الدية، فإن قال الضارب: سقط لا بضربي كان القول قول المضروب استحسانا، وعلى هذا إذا ضرب سن إنسان، واسود السن، فقال الضارب: إنما اسودت من ضربة حدثت فيه بعد ضربتي، فالقول قول المضروب استحسانا، هكذا ذكر المسألة في «الأصل»، وكذا روي عن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله، وروي عنه أصلا فقال: كل شيء جعلت له أجلا، فالقول قول المضروب: إنه من جناية هذا، وكل شيء ليس له أجل، فالقول قول الضارب.

وفي «المنتقى» في الباب الأول من الجنايات رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في غير هذه الصورة أن القول قول الضارب، وفي «المنتقى» أيضا في باب حكم أرش الجنايات فيما دون النفس هذه المسألة، فقال: لو جاء المضروب قبل مضي السنة وسنه ساقط، وقال: سقط السن من ضرب هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: القياس أن لا

أصدقه، وأجعل القول قول الضارب، ولكنا نستحسن ونجعل القول قول المضروب، وليس هذا في شيء من الجنايات إلا في السن للأثر، وذكر هذه المسألة أيضاً: في هذا الباب مرة أخرى، فقال: فجاؤوا بعد السنة والسن ساقطة، فقال الضارب: سقطت من ضربة رجل آخر، فإنه يسأل المضروب متى سقط، فإن قال: في السنة، فالقول قول المضروب: إنها سقطت من ضربه هذا، وإن قال: بعد السنة، فالقول قول الضارب.

١٩١٣٣ - قال في الأصل: وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم يريد به حالة الخطأ، وبه ورد الأثر في جميع الأسنان في ذلك على السواء لا يفضل البعض على البعض؛ لأنه لا تفصيل[1] في الأثر، فبعد ذلك ينظر إلى عدد الأسنان إن كان اثنان وثلاثون: يجب ستة عشر ألف درهم، فذلك دية، وثلاثة أخماس دية يؤدى ذلك في ثلاث سنين، في السنة الأولى ستة آلاف درهم وستمائة وستة وستون وثلثان، وفي السنة الثانية ستة آلاف درهم وثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلثه، وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف درهم، ذكره على هذا التفسير

١٩١٣٤ - في المنتقى: قالوا: وليس في نفس الآدمي شيء من الأعضاء يزداد أرشه على دية النفس إلا الأسنان.

رجلان قاما في اللعب ليتضاربا بالوكز يعني بمشت زدن بر خويشتن، فوكز أحدهما الآخر، وكسر سنه، فعلى الضارب القصاص، ولكن بالشرائط التي قلنا؛ لأن هذا عمد، والمسألة كانت واقعة الفتوى، واتفقت الفتوى على هذا.

١٩١٣٥ - وإذا قلع سن صبي، وأجّل حولاً، فمات الصبي قبل تمام الحول، فلا شيء على الجاني في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن احتمال النبات لم لا تفوت قائم، وقال أبو يوسف رحمه الله: فيه حكومة عدل - والله أعلم -.

١٩١٣٦ - وإذا ضرب سن رجل، فاسودّ السن بضربه، ثم جاء آخر ونزعها، فعلى الأول: تمام الأرش، وعلى الثاني: حكومة عدل.

وإذا نزع سن رجل، وسن النازع سوداء، أو صفراء، أو حمراء، أو خضراء، والنزع كان عمداً يتخير المجني عليه إن شاء اقتص من سنه، وإن شاء ضمنه أرش سنه

---

(١) هكذا في ظا وف، وكان في الأصل وم: لا تفصيل

نصف دية ، وإن كان المعيوب من نصفي عليه ، فعليه أرشها حكومة عدل ، ولا تقصص منه بحال والله أعلم .

نوع آخر

في اللسان:

١٩١٣٧ - قال محمد رحمه الله في الأصل : في اللسان الدية ، يريد به جناية الخطأ بالحديث ، ولأنه فوت جنس منفعة على الكمال ، وهي منفعة النطق التي يمتاز الآدمي بها من سائر الحيوانات ، وإذا قطع بعض اللسان إن منعه من الكلام ، ففيه كمال الدية ؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال[1] ، وهو المعول عليه في إيجاب كمال الدية لا تفويت العضو ، ألا ترى لو قطع لسان الأخرس ، فإنه لا تجب الدية ؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة ، ولا فوت جمالا على الكمال ، فأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض ، فإنه تجب الدية بقدر ما فات ، إن كان الفائت نصفا يجب نصف الدية ، وإن كان ربعا يجب ربع الدية ، وكيف يعرف مقدار الفائت من الثابت؟ اختلف المشايخ المتأخرون فيه ، قال بعضهم : يمتحن بجميع الحروف المعجمة التي عليها مدار كلام العرب ، وهي ثمانية وعشرون حرفا ، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر ، وعجز عن النصف علم أن الفائت نصف الكلام ، فيجب نصف الدية ، وإن أمكنه التكلم بثلاثة أرباعها ، وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع ، فيجب ربع الدية ، وإن أمكنه التكلم بربعها ، وهو سبعة كان الفائت ثلاثة أرباعها ، فيلزمه ثلاثة أرباع الدية .

والأصل في هذا ما روي : أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه ، فأمره علي أن يقرأ ا ب ت ث ، فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك .

وقال بعضهم : لا يمتحن بجميع الحروف المعجمة ، وإنما يمتحن بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة ؛ لأن من الحروف ما يخرج من الشفتين من غير حركة اللسان كالميم والباء والفاء ، ومنها ما يخرج من الحلق من غير حركة اللسان كحروف الحلق ، وإذا كان

[1] هكذا في ط وف و م ، وكان في الأصل : على الكلام .

بعض الحروف فيما[1] يتهيأ إقامته من غير اللسان يمتحن بالحروف التي لا يتهيأ إقامتها إلا باللسان ، فإن أمكنه المتكلم بنصف الحروف المتعلقة باللسان اللازمة ولم يمكنه بالنصف كان الفائت نصفها ، فيلزمه نصف الدية ، وإن أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية ، قالوا: والأول أصح لوجهين : أحدهما : أن عليًا رضي الله عنه امتحنه في الكل لا في البعض ، ولأنه إن تهيأ إقامة بعض الحروف من غير اللسان ، فإنه لا يتهيأ إفهامه ، وتبيينه من غير لسان ، والمقصود من الكلام إنما هو الإفهام ، فمن هنا وجب الامتحان بجميع الحروف المعجمة التي عليها مدار كلام العرب ، لا بالبعض ، هذا كله في لسان البالغ ، والكلام في لسان الصبي يأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإن قطع لسان غيره عمدًا ذكر في الأصل : أنه لا قصاص قطع البعض أو كله ، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه إذا قطع الكل ، ففيه القصاص .

وجه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله : أن استيفاء القصاص في الكل ممكن بالقطع من أصله ، وفي البعض غير ممكن إذ ليس فيه مفصل يوقف عليه .

وجه ما ذكر في "الأصل" : أن القطع في اللسان يختلف باختلاف المد، ألا ترى أنه يجمع ويبسط ، فلا يمكن الاستيفاء على وجه المماثلة ، وفي "العيون" : قال أبو حنيفة رحمه الله : في اللسان إذا أمكن القصاص يقتص ، وفي "الواقعات" : ولا قصاص في وسط اللسان ، ويجب في رأسه .

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : لا قصاص في اللسان وإن قطع من أصله أو شيء منه .

وإذا ادعى المجني عليه ذهاب الكلام ، يستغفل حتى يسمع كلامه أو لا يسمع ، وفي لسان الأخرس حكومة العدل .

نوع آخر:

١٩٦٣٨- وفي اللحيين كمال الدية ، وفي أحدهما نصفها.

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في غيرها : "لما" .

نوع آخر

في اليد والأصابع:

١٩١٣٩ - وفي اليد القصاص إذا قطعت من المفصل، وكذا في الأصابع القصاص إذا قطعت من المفصل؛ لأن اعتبار المماثلة ممكن إذا حصل القطع من المفصل بأن يضع المقطوع منه السكين على ذلك المفصل، فيفعل ما فعل الأول، وإن قطع[1] من غير المفصل فلا قصاص؛ لأن اعتبار المماثلة غير ممكن إذا حصل القطع من غير المفصل، ولا تقطع اليد اليمنى إلا باليمنى، ولا اليسرى إلا باليسرى، وكذا في الأصابع لا تقطع السبابة اليمنى إلا بالسبابة اليمنى ولا السبابة اليسرى إلا بالسبابة اليسرى، وكذلك لا يقطع الإبهام بالسبابة ولا السبابة بالوسطى، والحاصل أنه لا يؤخذ شيء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع.

١٩١٤٠ - قال محمد رحمه الله في "الأصل": إذا قطع رجل يد رجل، وفيها ظفر مسودة أو جرح، فإن كان فيه ظفر مسودّ، فإنه يجب القصاص، وإن لم يكن ظفر يد القاطع مسوداً؛ وذلك لأن اسوداد ظفر المقطوعة يده مما لا يوجب نقصاناً عن دية يده؛ لأنه لا يوجب نقصاناً في منفعة اليد وهي البطش، ألا ترى أنه لو قطع يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية، وإذا لم يكن لاسوداد الظفر أثر في نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة، فلا يمنع وجوب القصاص، وكان كيد فيها ثؤلول، أو آثار جدري قطعه إنسان ويد القاطع ليس بها هذا العيب، فإنه يقطع يده بذلك؛ لأن هذا العيب لم يوجب نقصان بدل اليد، فصار وجوده وعدمه بمنزلة، وكان كالعين الحوراء تفقأ بالزرقاء، وإن كان الحوراء أحسن من الزرقاء؛ لأن الزرق لا يوجب نقصاناً في دية العين، فجعل وجوده وعدمه بمنزلة، وهذا لأنه لا بد من قليل عيب يكون بيد أحدهما، فلو اعتبر ذلك مانعاً لامتنع جريان القصاص في الأطراف، وهذا مما لا وجه له.

هذا إذا كان ظفر المقطوعة يده مسودّ، فأما إذا كان بيده جراحة إن كانت جراحة لاتوجب نقصان دية يده، بأن كان نقصاناً لا يوهن في البطش، فإنه لا يمنع وجوب

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "وإن حصل القطع".

القصاص، ويجعل وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة؛ وإن كان نقصانًا يوهن في البطش حتى يجب بقطعه حكومة عدل، لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء، واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء؛ لأن الكامل لا يقطع بالناقص، ولأن المساواة في القيمة شرط ولم يوجد.

١٩٦١٤ - وإذا قطع الرجل من يد رجل إصبعًا زائدة، فلا قصاص فيه، سواء كان للقاطع إصبع زائدة، أو لم يكن للقاطع إصبع زائدة، فلا يجب القصاص لوجهين: أحدهما: وهو أن القاطع قطع إصبعًا زائدة، وليس له إصبع زائدة، ولا وجه إلى قطع إصبع أخرى، فلا يجب القصاص كمن قطع إبهام إنسان، وليس له إبهام.

والثاني: أن المساواة في القيمة شرط لجريان القصاص في الأطراف ولم يوجد؛ لأن قيمة الإصبع الزائدة حكومة عدل، وقيمة إصبع غير زائدة أرش مقدر، ولا مساواة بينهما في القيمة، وكان بمنزلة الحر إذا قطع يد العبد، أو العبد قطع يد العبد لا يجب القصاص؛ لأنه لم توجد المساواة في القيمة، كذا ههنا، وإن كان للقاطع إصبع زائدة لا يجب القصاص لعلة واحدة، وهي أن المساواة في القيمة قطعًا ويقينًا شرط، ولم يوجد؛ لأن الواجب في قطع الإصبع الزائدة حكومة عدل، وحكومة العدل إنما تعرف بالقيمة، والقيمة تعرف من حيث الحزر والظن، ولهذا لم يجب[1] القصاص في أطراف العبيد.

فإن قيل: أليس أن القصاص يجري في الشجاج التي هي دون الموضحة، والمساواة في القيمة لا تعرف قطعًا ويقينًا؛ لأن الواجب فيما دون الموضحة حكومة عدل.

والجواب عنه ما قلنا: إن القياس أن لا تعتبر المساواة في القيمة في الأطراف، وإنما تعتبر المساواة في الأجزاء؛ لأن المستوفى هو الأجزاء، وإنما اعتبرنا المساواة في القيمة شرطا نصًا بخلاف القياس، وما ثبت نصًا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد باعتبار مساواة القيمة في الأطراف، وفيه تفويت منفعة وإلحاق الشين لا يعتبر واردًا في هذا الشجاج دلالة، وفيها إلحاق شين بلا تفويت منفعة، فيرد هذا الشجاج إلى ما يقتضيه القياس.

---

(١) وفي الأصل: لم يجر.

١٩١٤٢ - وإذا قطع الرجل كف رجل من المفصل، وفيها إصبع زائدة، هل يجب القصاص؟ إن كان الإصبع الزائدة مما لا يوهن الكف، ولا يوجب نقصانًا في البطش، فإنه يجب القصاص؛ لأن الإصبع الزائدة إذا كانت مما لا يوهن الكف، ولا يوجب نقصانًا في البطش، فإنه لايوجب نقصانًا في دية اليد، فيجعل وجود هذا النقصان وعدمه بمنزلة، وإن كان يوهن الكف ويوجب نقصانًا في البطش، فإنه لا يوجب القصاص؛ لأنه بمنزلة اليد الشلاء، ألا ترى أنه لو قطعها إنسان خطأ لا تجب دية اليد، وإنما يجب حكومة عدل، واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء، فكذا هذا.

١٩١٤٣ - وإذا قطع يد رجل عمدًا ويد القاطع ناقصة، فهذا على وجهين: إما أن تكون ناقصة وقت القطع، أو انتقصت بعد القطع، فإن كانت ناقصة وقت القطع فهذا على وجهين: إما أن تكون ناقصة من حيث الصفة بأن كانت شلاء، فإنها ناقصة من حيث الصفة؛ لأن الفائت إنما هو الصحة لا المقدار ولا الأجزاء، والصحة صفة، أو كانت ناقصة من حيث القدر بأن كانت فائتًا إصبعًا أو إصبعين.

فإن كان النقصان من حيث الصفة، فالمقطوعة يده بالخيار، فإن اختار القطع، فلا شيء له مع القطع عندهم جميعًا؛ لأن الفائت مجرد الصفة، ومجرد الصفة لا قيمة لها بانفرادها فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعًا، كما في مال الربا.

وإن شاء لم يقطع، وأخذ دية يده حتى يصل إليه بدل حقه على الكمال من ماله؛ لأنه كان متعمدًا في القطع، وكان الصدر الشهيد برهان الأئمة يقول: إنما يثبت الخيار للمقطوعة يده في هذه الصورة إذا كانت الشلاء مما ينتفع بها مع ذلك، فأما إذا كانت غير منتفع بها فهي ليست بمحل للقصاص، فلا يخير المجني عليه حينئذ، بل له دية يد صحيحة كما لو لم يكن للقاطع ذلك اليد أصلا، وبه يفتى، وتفريع المسألة بعد هذا على حسب ما ذكرنا في مسألة العين والسن.

وإن كانت ناقصة من حيث القدر، فكذلك يتخير؛ لأنه لو وجد حقه ناقصًا من حيث الصفة دون الأجزاء يتخير، فإذا وجد حقه ناقصًا من حيث القدر والأجزاء أولى أن يتخير، فإن اختار القطع، فلا شيء له على القاطع.

وقال الشافعي رحمه الله: يأخذ منه أرش ما كان فائتًا من أصابعه، وذهب في

ذلك إلى أن الفائت من حقه المقدار لا الصفة، فإذا أخذ قدر ما وجد كان له أن يأخذ قيمة الباقي كمن كان له على آخر قفيز رطب، فأخذ منه نصف قفيز، ولم يجد الباقي من الرطب، بأن انقطع أوانه، فإنه يأخذ منه قيمة الباقي، فكذلك هذا بخلاف ما لو كانت شلاء؛ لأن الفائت مجرد صفة، وهي الصحة لا القدر والأجزاء، فإذا اختار أخذها ناقصة، لا يكون له تضمين الجودة كما لو كان له على آخر قفيز رطب جيد، فأخذ منه قفيز رطب رديء، وعلم بالرداءة، لا يكون عليه شيء بإزاء الجودة، فكذلك هذا.

وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: إن الفائت إن كان قدرًا من حيث الحقيقة، فهو صفة من حيث المعنى؛ لأن حد الصفة أن لا تفوت بفواته شيء من أصل صاحب الحق، وهنا بفوات الإصبع لم يفت شيء من أصل حق المقطوعة يده، فإن كان حقه القطع من الزائد حتى لو أراد قطع الأصابع لم يمكن من ذلك، وفوات الإصبع لم يوجب نقصانًا في الزائد، وإذا لم يوجب فوات الإصبع نقصانًا في أصل حقه وهو قطع الزائد كان الإصبع بمنزلة الصفة في حقه، فكان بمنزلة الشلاء بخلاف ما لو كان على آخر قفيز رطب وأخذ نصف قفيز؛ لأنه استوفى نصف حقه لا الكل. فأما ههنا استوفى كمال حقه فإنه قطع الزائد إلا أنه استوفاها ناقصة من حيث الجودة كما في الشلاء.

هذا إذا كانت ناقصة وقت القطع. فأما إذا انتقصت بعد القطع، فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلاً لا بفعل أحد بأن سقط إصبع من أصابعه لآفة سماوية، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كانت ناقصة وقت القطع، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا، وإن كان بفعل أحد بأن قطع إصبع من أصابعه ظلمًا، أو قطع القاطع إصبعًا من أصابعه، أو قضى به حقًا واجبًا عليه، فالجواب فيه كالجواب فيما لو فات بآفة سماوية، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، فهذا إشارة إلى أن للمقطوعة يده الخيار في الفصول كلها غير أن النقصان إذا كان بآفة سماوية، واختار قطع اليد لا شيء له من الأرش بلا خلاف، وإن كان النقصان بفعله، واختار القطع لا شيء له من الأرش عندنا، والوجه في ذلك أن الإصبع بمنزلة الجودة لحقه من حيث المعنى، وقد ذكرنا أن الجودة على الانفراد لا تضمن بالإتلاف فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعًا، كما في مال الربا.

يصير حالة الهلاك، وكذلك ما يحدث في العضو إذا هلك نفسه، أو تقضي نفسه حقًا واجبًا عليه بأن قتل غيره عمدًا حتى قتل به أو وجب عليه رجم فإنه لا يضمن وإن تلف حق الغير؛ لأن المتلف ليس بدل من كل وجه بخلاف الطرف على ما بينا - والله أعلم -

١٩١٤٥ - قال: وإذا قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدًا واقتص منه ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمدًا، فلا قصاص بينهما.

١٩١٤٦ - في الخوارزمي: مقطوع الإبهام من يده اليمنى، إذا قطع يمين مثله لا قصاص بينهما، وكذا مقطوع اليد اليمنى، إذا قطع ساعد مثله لا قصاص؛ لأن شرط جريان القصاص في الأطراف المساواة في الأجزاء صورة ومعنى، وإنما تعرف المساواة من الأجزاء معنى بالمساواة في بدلها[1]، ولا مساواة بين الساعدين في البدل إذ ليس للساعد أرش مقدر، إنما فيه حكومة عدل، وحكومة العدل تعرف بالظن والاجتهاد، وما للاجتهاد فيه مجال، لا يخلو عن نوع تفاوت، فلا تتحقق المساواة معنى.

١٩١٤٧ - قال محمد في الأصل: وإذا قطع الرجل إصبع رجل من المفصل، ثم قطع يد آخر، وبالعكس، ثم قطع الإصبع، وذلك كله في يد واحدة بأن كان في اليمنى أو في اليسرى، فحضر صاحب الإصبع والمقطوعة يده وطلبا من القاضي القصاص فإن القاضي أولاً يقطع الإصبع، ثم يخير صاحب اليد، فإن شاء قطع الباقي بحقه، ولا شيء له من أرش الإصبع، وإن شاء ترك قطع يده، وكان له دية اليد في ماله، أما يقطع القاطع أولاً الإصبع لصاحب الإصبع، ولا يقطع يده أولاً لصاحب اليد؛ لأنه اجتمع في إصبع القاطع حقان: حق صاحب الإصبع؛ لأنه قطع إصبعه، وحق صاحب اليد؛ لأن حق صاحب اليد في يده مع الأصابع؛ وتعذر إيفاء[2] الحقين بكماله من الإصبع؛ وتعذر جعلها بالشركة في الإصبع بأن تقطع الإصبع لهما؛ لأنه لا حق لصاحب اليد في قطع الإصبع؛ لأن القاطع لم يكن وضع السكين على مفصل الإصبع، وإنما وضع سكينه على الزند، وليس لولي القصاص أن يضع السكين على موضع لم يضع القاطع السكين عليه، وإذا تعذر إيفاء الحقين بكماله من الإصبع وتعذر القضاء

(١) وكان في الأصل: ... في بدلهما.

(٢) وكان في الأصل: إيصال، مكان: إيفاء.

بينهما بالشركة لا بد من البداية بأحدهما ، وكانت البداية بصاحب الإصبع أولى ؛ لأنه متى بدأنا بصاحب الإصبع لا يفوت حق صاحب اليد في الكل ، بل يبقى في الباقي ، ومتى بدأنا بصاحب اليد ، وأطلقنا له القطع من الزند حتى يصل إليه حقه بكماله يفوت حق صاحب الإصبع في الإصبع كله ، وتفويت حق أحدهما في البعض أهون من تفويت حق أحدهما في الكل ، فكانت البداية بحق صاحب الإصبع أولى من هذا الوجه .

فرق بين هذا وبينما إذا قطع رجل يمنى رجلين ، ثم جاءا ، وطلبا حقهما من القاضي فإن القاضي لا يبدأ بأحدهما ، بل يقضي لهما بالقصاص في يمينه ، ودية اليد في ماله ؛ لأنه إن تعذر إيفاء حق كل واحد منهما في القصاص بكماله لم يتعذر القضاء لهما بالقطع على سبيل الشركة[1] ؛ لأن كل واحد منهما يقطع يد القاطع من الموضع الذي وضع القاطع السكين على يده ، ولما أمكن القضاء لهما بالقصاص لم يجز القضاء لأحدهما ، وقد استويا في سبب الاستحقاق ، فأما ههنا تعذر القضاء بقطع الإصبع لهما ؛ لأنه ليس لصاحب اليد أن يضع السكين على مفصل إصبعه ، وإذا تعذر القضاء لهما بالإصبع وجب القضاء لأحدهما ، فكان القضاء بالإصبع لصاحب الإصبع أولى من القضاء لصاحب اليد ؛ لما بينّا .

١٩١٤٨ - وإن قطع الإصبع لصاحب الإصبع بعد هذا يتخير صاحب اليد ؛ لأن حقه كان في يد كان فيها خمس أصابع ؛ لأنه قطع يده وفيها خمس أصابع ، وقد وجد يداً فيها أربع أصابع ، فكان ما وجد أنقص من حقه ، فيتخير كما لو سقط هذا الإصبع بآفة سماوية ، أو قطعه رجل آخر ظلماً ، فإن صاحب اليد يتخير ، فكذلك هذا ، وإن شاء لم يقطع ، وأخذ منه دية كاملة حتى يصل إلى كمال حقه من حيث البدل إن لم يصل إليه عين حقه بكماله ، وإن شاء استوفى كذلك ناقصاً ، ولم يكن له على القاطع أرش الإصبع الذي قطع منه كما لو سقط الإصبع منه بآفة سماوية ، أو قطعه القاطع بنفسه إذا اختار قطع اليد ، لم يكن له أن يأخذ مع القطع أرش الإصبع ، فكذلك هنا .

فإن قيل : يجب أن يكون له أرش الإصبع متى اختار قطع يده ؛ لأن من عليه

---

(١) وفي م : المشاركة .

القصاص في اليد قضى بإصبعه حقًا واجبًا عليه. ومن عليه القصاص في الطرف إذا قضى بطرفه حقًا مستحقًا عليه يضمن الأرش كما لو قطع يمنى رجلين، فحضرا، وقضى لهما بالقصاص، أو حضر أحدهما ثم حضر الغائب فإنه يضمن الدية؛ لأنه قضى بنصف اليد، أو بجميع اليد حقًا واجبًا عليه، فصار ضامنًا للأرش، فكذلك هذا.

فالجواب: أن من عليه القصاص إذا قضى بطرفه حقًا مستحقًا عليه إنما يضمن أرشه إذا كان حق من له القصاص في المحل الذي قضى له حقًا مستحقًا عليه ثابتًا مقصودًا، أما في كل موضع كان حقه ثابتًا تبعًا فلا، ألا ترى أن من قطع يد إنسان وقتل آخر، وقطعت يده لصاحب اليد، وقتل لصاحب النفس لا يغرم لصاحب النفس أرش اليد، وقد قضى بيده حقًا مستحقًا عنه؛ وهذا لأن حق من له النفس في اليد ثابت تبعًا، والمعنى فيه أن في إيجاب الأرش اعتبار الحق مقصودًا، وما هو تبع في حكم لا يصير مقصودًا في حق ذلك الحكم، إذا ثبت هذا، فنقول: حق صاحب اليد في الإصبع ثابت تبعًا؛ لأن الجاني ما وضع السكين على إصبعه، وإنما يثبت حقه في الإصبع تبعًا؛ لأنه فات تبعًا لفوات اليد، ألا ترى أنه لو أراد قطع الإصبع، منع منه، ولو فعل يعذر، فهو معنى قولنا: إن حق صاحب اليد في الإصبع ثابت تبعًا، فلهذا لا يغرم الأرش.

١٩١٤٩ - هذا الذي ذكرنا إذا كان صاحب الإصبع وصاحب اليد حاضرين، وقد طلبا حقهما، فأما إذا كان أحدهما حاضرًا، والآخر غائبًا إن كان الحاضر صاحب الإصبع لا شك أنه يقطع الإصبع له؛ لأن صاحب اليد لو كان حاضرًا معه كان يقطع الإصبع له، فإذا كان صاحب اليد غائبًا أولى.

وإن كان الحاضر صاحب اليد، فإنه يقطع له، وذلك لأن حق الحاضر في اليد قد ظهر، وثبت وحق الغائب في الإصبع عسى يظهر وعسى لا يظهر، بأن لا يطلب، أو يعفو، وحق قد ظهر لا يجوز أن يؤخر لحق عسى يظهر وعسى لا يظهر، ألا ترى أنه لو قطع يمنى رجلين وأحد وليّ القصاص حاضر، والآخر غائب، إذا جاء الحاضر، وطلب حقه، فإن القاضي يقضي له بقطع يده؛ لأن حق الحاضر قد ظهر، وحق الغائب عسى يظهر، وعسى لا يظهر، فكذا هذا، فإذا جاء صاحب الإصبع بعد ذلك، فإنه يأخذ أرش الإصبع من ماله؛ لأنه صار قاضيًا بأصل حقه حقًا وجب عليه، ومن عليه القصاص إذا

صار قاضياً بما هو أصل حق ولي القصاص حقاً عليه ، أو أتلفه ضمن .

١٩١٥٠ - ولو قطع رجل إصبع رجل من المفصل الأعلى ، ثم قطع إصبع آخر من المفصل الأوسط ، ثم قطع إصبع آخر من المفصل الأسفل ، وذلك كله في إصبع واحدة ، فهذا على وجهين : إما أن يكون أصحاب الأصابع حضوراً ، وبعضهم غيب ، فإن كان الكل حضوراً ، وطلبوا من القاضي حقهم ، فإن القاضي يقطع المفصل الأعلى لصاحب الأعلى ، ولا يقطع لصاحب الأوسط والأسفل ، وإن كان حق صاحب الأسفل والأوسط ثابتًا في الأعلى ؛ لأنه لا حق لهما في قطع المفصل الأعلى على سبيل الشركة ؛ لأن القاطع لم يضع السكين على المفصل الأعلى من إصبعهما ، إنما وضع على صاحب المفصل الأعلى ، فإذا تعذر قطع المفصل الأعلى لهم على سبيل الشركة وجبت البداية بحق أحدهم ، وكانت البداية بحق صاحب المفصل الأعلى ، وإنه لا يفوت حق الآخرين في الكل ، وإنما يفوت في البعض أولى من البداية لصاحب المفصل الوسطى والسفلى ، وفي ذلك تفويت حق صاحب الأعلى من كل وجه ، ثم خيّر صاحب المفصل الوسطى ؛ وذلك لأن حقه كان في مفصلين ؛ لأن الفائت عليه مفصلان ، وقد وجد أحدهما ، فيتخيّر كما يتخير صاحب اليد بعد ما قطعنا الإصبع لصاحب الإصبع ، فإن شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى ، ولا شيء له من دية الإصبع ، وإن قضى بالمفصل الأعلى حقا واجبًا عليه ؛ لأن حق صاحب المفصل الثاني في المفصل الأعلى ثابت تبعاً ، وإن شاء لم يقطع ، وضمّنه ثلثي دية الإصبع ؛ لأنه فوّت عليه من إصبعه مفصلين ، فيضمن لكل مفصل بثلث دية الإصبع ، فإذا قطع تخيّر صاحب المفصل الأسفل ، فإن شاء قطع ، ولا شيء له من دية الأصابع ؛ لما بيّنا ، وإن شاء لم يقطع ، وأخذ دية إصبعه بكماله من ماله ؛ لأنه فوّت عليه إصبعاً كاملا .

وإن حضر أحدهم ، وغاب الآخران إن كان الحاضر صاحب المفصل الأعلى يقطع له ؛ لأنه لو كان الآخران حاضران معه ، كان يقطع له ، فإذا كانا غائبين أولى ، فإن قطع المفصل الأعلى له ، ثم حضر الآخران ، فإنهما يتخيّران من الوجه الذي ذكرنا ، فإن اختار القطع لا يضمن لكل واحد منهما شيئاً .

١٩١٥١ - وإذا قطع كف رجل من مفصل ، ثم قطع الآخر من مرفقه ، وكانا

لأنهما لما قطعا ما بقي من الأصابع الثلث صار كل واحد منهما مستوفيا إصبعا ونصف إصبع، وكان حق الأول في يد فيها خمسة أصابع، وصار الأول بقطعه إصبعا واحدة أول مرة مستوفيا خمس حقه، وبالقطع الثاني صار مستوفيا خمسي حقه ونصف خمس حقه، وهو إصبع ونصف، فصار مستوفيا إصبعين ونصف إصبع، وذلك نصف حقه، فبقي حقه في النصف، فيضمن القاطع له نصف دية اليد بهذا.

والمقطوعة يده آخرا كان حقه في يد فيها أربعة أصابع؛ لأن يد القاطع وقت قطع يده كانت منقوصة بإصبع، وصار بقطعه أول مرة إصبعا واحدا مستوفيا ربع حقه، وبالقطع الثاني صار مستوفيا ربع حقه ونصف ربع حقه، فصار مستوفيا ربعين ونصف ربع، فبقي حقه في ربع ونصف ربع وذلك ثلاثة أثمان.

ويكون ما غرم القاطع لكل واحد منهم مؤجلا في سنتين ثلثاه في السنة الأولى وثلث في السنة الثانية. وكل جزء من أجزاء اليد يجب أن يكون كذلك، ودية النفس لما كانت تجب مؤجلة في ثلاث سنين، فكل جزء من أجزاء دية النفس يجب كذلك، حتى إن جماعة لو قتلوا رجلا خطأ حتى وجب على عاقلة كل واحد منهم بعض الدية، يؤدي ذلك البعض في ثلاث سنين، كذا هذا. ثم بقطع المقطوعة يده آخرا إصبعا من أصابع القاطع لم يسقط بذلك شيء من حق المقطوعة يده أولا حتى إن حقه بقي في خمس أصابع، وإن فات بعض المستوفى محل القصاص؛ لأنه صار قاضيا به حقا مستحقا عليه، فصارت ذمته مضمونة عليه، فجعلت باقية حكما، ولا كذلك ما إذا كان القاطع أجنبيا؛ لأن هناك ما قضى بطرفه حقا مستحقا، فلم يصر ذمته مضمونة، بل جعل فائته فات بآفة سماوية، فقد تعلق الحق ضرورة فوات محل الحق، أما هنا بخلافه.

ثم إن محمدا رحمه الله اعتبر في هذه المسألة الأصابع، ولم يعتبر الكف حتى جعل حق الأول في خمسة أصابع، وحق الثاني في أربع أصابع؛ لأن الكف تبع للأصابع فيما هو المقصود من اليد، وهو منفعة البطش، ولهذا يجب الدية بقطع الأصابع مع بقاء الكف، فلهذا اعتبر الأصابع، ولو أن المقطوعة يده أولا مع المقطوعة يده آخرا لم يقطعا يد القاطع حتى قطع القاطع يد ثالث. ثم إن المقطوعة يده الثالث قطع إصبعا من أصابع القاطع، ثم اجتمعوا، وقطعوا ما بقي من يد القاطع كان على القاطع للمقطوعة

يده أولاً ثلاثة أخماس دية يده، وثلث خمس دية يده، وكان عليه للمقطوعة يده ثالث ثالث دية يده، وثلث ثلث دية يده وهو في الحقيقة أربعة أتساع دية يده، وإنما كان هكذا؛ لأن حق الأول كان في يد فيها[1] خمسة أصابع، وبالقطع الأول استوفى خمس حقه، وبالقطع الثاني صار مستوفياً ثلثي خمس حقه؛ لأنه صار مستوفياً ثلثي إصبع واحدة، فصار مستوفياً خمس حقه في ثلاثة الأخماس وثلثي الخمس، فيرجع على القاطع بثلاثة أخماس أرش يده وثلث خمس لهذا، والمقطوعة يده الثاني كان حقه في يد فيها أربعة أصابع، وبالقطع الأول صار مستوفياً ربع حقه وبالقطع الثاني صار مستوفياً ثلثي ربع حقه، فبقي حقه في ربعي حقه، وثلث ربع حقه، فيرجع على القاطع بربعي دية اليد وهو نصف دية اليد، وثلث ربعها لهذا، والمقطوعة يده الثالث كان حقه في يد فيها ثلاثة أصابع، وبالقطع الأول صار مستوفياً ثلث حقه، وبالقطع الثاني صار مستوفياً ثلثي ثلث حقه، فبقي حقه في ثلث حقه وثلث ثلث حقه، فيرجع على القاطع بثلث دية اليد، وبثلث ثلثها لهذا، يكون ما غرم القاطع لكل واحد منهم مؤجلاً في سنتين ثلثاها في السنة الأولى وثلثها في السنة الثانية، الأمر قبل هذا

٤١٩٦٤ - رجل قطع يد رجل عمداً وقطع من رجل آخر تلك اليد أيضاً عمداً، فقطع أحدهما يد القاطع من المرفق، فإنه يبطل إحدى اليدين عن القاطع الأول، ويجب على القاطع الأول[2] دية يد بين المقطوعة يداهما نصفان، وإنما كان كذلك؛ لأن اللذين قطعت أيديهما أولاً كان لهما أن يقطعا يد القاطع، ويأخذا دية واحدة بينهما نصفان، فإذا قطع أحد صاحبي اليدين يد قاطع اليدين من المرفق، فهذا منه تعدٍّ، وليس باستيفاء للقصاص؛ لأن القصاص في الأطراف يعتبر فيه المماثلة في المحل والفعل، فإذا وضع السكين فوق محل حقه، صار فعله تعدياً كفعل الأجنبي، ولو كان الأجنبي هو الذي قطع يد القاطع لا قصاص عن اليد لفوات محل القصاص من غير أن يقضي به حقاً مستحقاً، ويجب دية يد واحدة بينهما، فههنا كذلك، بخلاف ما لو قطع أحد صاحبي اليدين يد القاطع من الأصابع فإنه يصير مستوفياً بعض حقه، وإن وضع السكين في غير محل حقه؛ لأنه القطع من الرسغ

(١) هكذا في ط و ب و م، وكان في الأصل «في يد منها»

(٢) هكذا في ط و ب و م، وكان في الأصل «الثاني» مكان: «الأول»

ووجه ظاهر الرواية أن المعنى الذي لأجله جعل الكف تابعًا للأصابع باعتبار أن الكف متصل بالأصابع، وليس للكف أرش مقدر، فجعل تابعًا للإصبع بهذين المعنيين، أما الساعد لو جعل تبعًا جعل حقًا للأصابع[1] لا للكف؛ لأنه ليس للكف أرش مقدر، ولم يمكن جعله تبعًا للأصابع؛ لأنه غير متصل بالأصابع؛ لأن الكف فاصل، وإذا وجب دية اليد وحكومة العدل يكون ذلك في سنتين ثلثاها في السنة الأولى وثلثها في السنة الثانية؛ وإن كان يزيد ذلك على ثلثي الدية، فالزيادة تجب في السنة الأخرى؛ لأن هذا جناية واحدة، والجناية الواحدة لا يجب أرشها في سنة واحدة أكثر من ثلث الدية، فيجب ما زاد على ثلث الدية في السنة الثانية، وما زاد على ثلثي الدية يجب في السنة الثالثة.

وكذلك لو أن رجلاً قطع إصبع رجل، ثم قطع المقطوعة إصبعه يد القاطع من المفصل، فقد بطل حق صاحب الإصبع؛ لأنه لما قطع يد القاطع من المفصل، فقد وضع السكين فوق محل قطعه، فلم يكن مستوفيًا حقه، بل كان متعديًا، فصار قطعه وقطع أجنبي آخر سواء، وهناك يبطل حق صاحب الإصبع؛ لما ذكرنا قبل هذا، كذا هذا، والمقطوع يده بالخيار إن شاء قطع ما بقي من المقطوع إصبعه، وإن شاء غرم دية كاملة؛ لأن المقطوعة إصبعه قطع يد تامة الإصبع وهي صحيحة، ويد المقطوع إصبعه ناقصة، فتخير على الوجه الذي قلنا.

فإن قيل: إذا اختار المقطوعة يده أخذ الدية يجب أن يغرم قاطع اليد أربعة أخماس دية اليد؛ لأنه قطع يده وإصبع منه كالمتروك له.

قلنا: ملك القصاص ثبت مخالفًا للقياس؛ لما فيه من الإتلاف بإزاء الإتلاف، وإنما عرفنا ثبوت بالشرع إذا أراد الاستيفاء من موضع الاستيفاء وإلى ما يقتضيه القياس، فلم يظهر الثبوت ههنا أصلاً.

٢٦٤٤١ - قال محمد رحمه الله في «الجامع» أيضًا: رجل قطع يمنى رجلين، فقطع أحدهما إبهام القاطع، وقطع أجنبي آخر الأصابع البواقي، ثم إن المقطوعة يده

---

(١) هكذا في ب، وكذا في ط: لو جعل تبعًا جعل للأصابع، وفي م: لو جعل تبعًا حقًا للأصابع.

الأجزاء، فيما كان ضروريًا لا يظهر فيما لا ضرورة فيه، وهو الانتقال إلى البدل، واعتبر بمن قتل منكوحة إنسان، فالدية تكون لورثتها دون زوجها، ولم يتعلق حق الزوج بدلها لما كان تعلق حقه ضروريًا، كذا هنا.

١٩١٥٧ - وإن اجتمع المقطوعة أيديهما على قطع الكف، ثم أخذ دية اليد قسمت بينهما أخماسًا ثلاثة أخماسها للذي لم يقطع الإبهام، وخمساها للذي قطع الإبهام؛ لأن قاطع الإبهام كان استوفى خمسي حقه، والآن حين قطعا جميعًا الكف، والأصابع الأربعة قائمة حكمًا، صار مستوفيًا خمسي حقه، فصار ما استوفاه في المرتين جميعًا ثلاثة أخماس حقه بقي إلى تمام حقه خمساه، فيستوفيهما من الدية، والذي لم يقطع الإبهام صار الآن بقطع الكف مع صاحبه مستوفيًا خمسي حقه بقي إلى تمام حقه ثلاثة الأخماس، فيستوفيهما من الدية.

وإن بدأ الأجنبي، فقطع إصبعًا من أصابع القاطع، ثم قطع أحد صاحبي القصاص بعد ذلك إصبعًا من أصابع قاطع اليدين، ثم عاد الأجنبي، فقطع إصبعًا من أصابع القاطع، ثم إن الذي لم يقطع شيئًا من أصابع القاطع قطع الكف وعليها الإصبعان، فإن القاضي يقضي على القاطع بدية يد واحدة ربعها للذي قطع الكف وثلاثة أرباعها للذي قطع الإصبع، ولا يجعل الإصبع الذي قطعه الأجنبي قبل قطع أحد صاحبي القصاص قائمًا حكمًا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى إنما اعتبر قائمًا حكمًا؛ لأن أحد صاحبي القصاص لما استوفى إصبعًا من أصابع القاطع أولا، فقد استوفى خمسي حقه، وبعد قطع الأجنبي لا يتغير هذا الحكم، فيجعل ما حصل مقطوعًا بفعل الأجنبي باقيًا حكمًا، أما ههنا أحد صاحبي القصاص لم يقطع شيئًا من أصابع القاطع ليصير مستوفيًا شيئًا من حقه ليجب الحكم، بأنه استوفى خمسي حقه حتى يقال: بأن ذلك الحكم؛ وذلك الحساب لا يتغير بقطع الأجنبي جعل قطع الأجنبي وجوده وعدمه بمنزلة، فلم يجعل ذلك الإصبع قائمًا حكمًا، فكان تاويًا عليهما بقيت شركتهما فيما بقي، وقد بقي كف عليها أربع أصابع، فانتهت شركتهما إلى هذا، فإذا جاء أحد صاحبي القصاص وقطع إصبعًا، فقد استوفى ربع حقه، وجرى الحكم بذلك، فيجعل الإصبع الذي قطع الأجنبي بعد ذلك قائمًا حكمًا لما مر، وصار قاطع الكف مستوفيًا كفًا فيها ثلاث أصابع حكمًا، فصار مستوفيًا ثلاثة أرباع حقه، بقي حقه

في الربع وحق الذي قطع الإصبع في ثلاثة الأرباع، فيقسم الدية المأخوذة بينهما أرباعًا لهذا.

فإن اجتمع صاحبا القصاص على قطع الكف مع الإصبعين، فالدية المأخوذة تقسم بينهما أثمانًا، ثلاثة أثمانها لقاطع الإصبع، وللآخر خمسة أثمانها؛ لأن قاطع الإصبع صار مستوفيًا ربع حقه، وحين قطع الكف، وفيها ثلاثة أصابع صار مستوفيًا إصبعًا ونصف وهو ربع حقه ونصف ربع، فصار مستوفيًا ربعًا ونصف ربع وهو خمسة الأثمان بقي حقه في ثلاثة الأثمان، والآخر صار قاطعًا إصبعًا، ونصف إصبع وهو ربع حقه وهو ثلاثة أثمان حقه، فبقي حقه في خمسة الأثمان، فلهذا قال: الدية المأخوذة تقسم بينهم أثمانًا.

١٩١٥٨- قال محمد رحمه الله في "الزيادات": رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، وبرئ منه، ثم عاد وقطع المفصل الثاني من ذلك الإصبع، وبرئ منه أيضًا، ثم اختصما إلى القاضي، فالقاضي يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الأعلى دون المفصل الثاني، وهذا لأن التساوي في الأطراف شرط جريان القصاص فيها، وقد وجدت المساواة بين الإصبعين في المفصل الأعلى دون الثاني؛ لأنه لما تخلل بين القطعين برء لا بدّ وأن يعتبر كل قطع جناية على حدة، وإذا اعتبر كذلك، فنقول: حين قطع المفصل الأعلى، فإصبع كل واحد منهما صحيحة، فتحقق شرط جريان القصاص وهو المساواة، وأما حين قطع المفصل الثاني فإصبع القاطع صحيحة، وإصبع المقطوع مفصلة ناقصة بمفصل، فانقطع شرط جريان القصاص وهو المساواة.

فإن قيل: إصبع القاطع وقت قطع المفصل الثاني، وإن كانت صحيحة صورة، فهي ناقصة معنى؛ لأن المفصل الأعلى من إصبعه صار مملوكًا بالقطع الأول، فصار كالفائت معنى.

قلنا: ملك القصاص ملك ضروري لا يظهر إلا في حق الفعل عند الفعل، فقبله يكون معصومًا مملوكًا لصاحبه، ولو كان الاستحقاق ثابتًا قبل الفعل إلا أن مجرد الاستحقاق لا يثبت النقصان لا محالة؛ لأن النقصان إنما يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء يسقط بأسباب، ألا ترى أنه مندوب إلى العفو، فلم يثبت النقصان بمجرد الاستحقاق،

فلا يجعل المستحق كالفائت، ألا ترى أن من عليه القصاص في النفس، أو الطرف إذا قتله إنسان، أو قطع طرفه، فإنه يجب عليه القصاص له إن كان عمداً، والدية إن كان خطأ، ولو كان الاستحقاق ثابتاً قبل الفعل على الجواب الأول، أو كان يثبت النقصان بمجرد الاستحقاق على الجواب الثاني، لكان الجواب على عكس هذا، واستشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أن من قطع من إصبع رجل المفصل الأعلى، ثم إن القاطع جاء إلى رجل مقطوع المفصل الأعلى وقطع منه المفصل الثاني، ثم اختصموا إلى القاضي، فالقاضي يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الأعلى للأول، ولا يقضي بالقصاص في المفصل الثاني للثاني، وطريقه ما قلنا.

ثم سأل على نفسه سؤالاً، فقال: هاتان جنايتان على رجلين، وما ذكرت جنايتان على رجل واحد، فلا يشبه هذا ذاك.

ثم أجاب فقال: ألا ترى أنه لو قطع من إصبع رجل المفصل الأعلى وبرئ، ثم مات بسبب آخر، وورثه رجل، وكانت إصبع الوارث مقطوعة المفصل الأعلى، فجاء القاطع وقطع من إصبع الوارث المفصل الثاني كان للوارث أن يقطع المفصل الأعلى من إصبع القاطع قصاصاً لمورثه، ولا يقطع المفصل الثاني قصاصاً لنفسه، هاتان الجنايتان لشخص واحد؛ لأن ما كان للمورث انتقل إلى الوارث، فعلم أنه لا عبرة لاتحاد المستحق، إنما العبرة للتساوي وعدمه، وقد وجد التساوي حال قطع المفصل الأعلى، ولم يوجد حال قطع المفصل الثاني.

٩٩٦٥٩: هذا الذي ذكرنا إذا قطع المفصل الأعلى وبرأ، ثم عاد، وقطع المفصل الثاني. فأما إذا قطع المفصل الأعلى فلم يبرأ، حتى عاد، وقطع المفصل الثاني، فإنه يقطع إصبع القاطع من المفصل الأعلى[2] لأن بدون تخلل البرء يجعل كأنه قطع المفصلين بدفعة واحدة، وهذه المسألة حجة لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله على أبي حنيفة رحمه الله فيمن قطع يد إنسان، ثم قتله قبل البرء، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله: للولي أن يقطع يده، ثم قتله إن شاء، وعندهما: يقتله ولا يقطع يده.

(١) وكان في الأصل: "ثم" مكان "واو".

(٢) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "الأسفل" مكان "الأعلى".

الكل بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء، يجب القصاص في الأصابع كلها، وحكومة عدل في الكف، واعتبر كل فعل جناية على حدة.

وكذلك إذا قطع حشفة إنسان خطأ، ثم عاد، وقطع باقي الذكر، إن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة، وحكومة العدل في الباقي، واعتبر كل فعل جناية على حدة.

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فقبل البرء قطع النصف من المفصل الثاني، ثم برئ؛ لا قصاص، ويجعل كأنه من الابتداء قطع النصف من المفصل الثاني، وهناك لا يجب القصاص، بل يجب الأرش، فههنا كذلك، ولو برئ من القطع الأول، ثم قطع النصف من المفصل الثاني، يجب القصاص في المفصل الأعلى لوجود الشرط، ويجب نصف الأرش في الثاني، واعتبر كل قطع جناية على حدة لتخلل البرء.

١٩١٦٢ - هذا كله بيان حكم العمد جئنا إلى بيان حكم الخطأ، فنقول: في اليدين إذا قطعتا خطأ كمال الدية فالحديث، ولفوات جنس منفعة على الكمال، وفي إحداهما نصف الدية، ولا يفضل اليمين على الشمال، وإن كان اليمين أكثر بطشًا؛ لأن العبرة في الجنايات لجنس المنفعة لا للزيادة.

١٩١٦٣ - وإذا ضرب على يد رجل فشلت، فعليه الدية كاملة؛ لأنه فوت جنس منفعة هذا العضو، وتفويت منفعة العضو بمنزلة تفويت العضو، وفي كل إصبع من أصابع اليدين عشر من الإبل عشر الدية، وفي كل مفصل من مفاصل الأصبع ثلث أرش الإصبع إذا كان إصبعًا له ثلاث مفاصل كالوسطى والخنصر والبنصر والسبابة؛ لأنه لو قطع جميع الإصبع يجب عشر الدية، ويكون ذلك بإزاء ثلاث مفاصل الأصابع، فيكون بإزاء كل مفصل ثلثه، وإذا كان إصبعًا له مفصلان، وذلك كالإبهام، ففي كل مفصل يجب نصف دية الإصبع[١]، وفي اليد الشلاء حكومة عدل، وفي الكف حكومة عدل.

١٩١٦٤ - وإذا قطع الكف مع بعض الأصابع، أو مع كل الأصابع أجمعوا على أنه لو قطعه والأصابع كلها قائمة في الكف أن الكف يجعل تابعًا للأصابع، حتى يجب

(١) هكذا في نط، وكان في غيرها: دية الكل.

أرش الأصابع، ولا يجب في الكف شيء؛ لأن هاتين الجنايتين وقعتا على عضو واحد، وأرش إحداهما وهو بتلاف الأصابع أكثر، والأصل في مثل هذا أن يدخل الأقل في الأكثر، ويجعل الأقل تابعاً للأكثر.

وأجمعوا أيضاً: أنه لو كان في الكف ثلاثة أصابع، أنه يجب أرش الأصابع ثلاثة آلاف درهم أو ثلاثة مائة دينار، ولا يجب في الكف شيء، ويجعل الكف تبعاً لما بقي من الأصابع.

وأما إذا كان على الكف إصبعان أو إصبع واحد، أو مفصل واحد من إصبع واحد، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله يجعل الكف تبعاً لما بقي من الإصبع، وما بقي من مفصل الإصبع.

وقال محمد رحمه الله: ينظر إلى أرش ما بقي من الإصبع أو مفصل الإصبع وإلى موجب الكف، ويدخل الأقل في الأكثر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخراً، والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حال قيام الأصابع إنما جعل الكف تبعاً؛ لأن هاتين جنايتين وردتا على عضو واحد، ولا بد أن يجعل أحدهما تبعاً للأخرى كما في الموضحة، فإن من شج إنساناً موضحة، وتناثر بعض شعر الرأس بذلك يجب في الموضحة خمس مائة درهم، ولا يجب بإزاء ما تناثر من شعر الرأس شيء، به ورد الأثر عن النبي ﷺ؛ فجعلنا الكف تبعاً للأصابع؛ لأن أرش الأصابع مقدر شرعاً، وليس في الكف أرش مقدر شرعاً، وإنما فيه حكومة العدل، وحكومة العدل إنما يعرف بالاجتهاد، وجعل المجتهد فيه تبعاً للمنصوص عليه أولى من جعل المنصوص تبعاً للمجتهد فيه، فجعلنا الكف تبعاً للأصابع لهذا، وهذا المعنى ثابت ما بقي شيء من الأصابع، فجعلنا الكف تبعاً لما بقي لهذا، وليس في الظفر إذا قلع، ونبت حكومة عدل ولا أرش، وإذا لم ينبت، أو نبت متغيراً، أو معوجاً، ففيه حكومة عدل، وفي الساعد إذا كسر حكومة عدل، وكذا في الزند إذا كسر حكومة عدل، وفي اليد إذا قطع من نصف الساعد دية اليد، وحكومة عدل فيما وراء الكف، وهو قول إبراهيم النخعي والشافعي رحمهما الله.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجب في الساعد

شيء، وهو قول زفر ومالك وسفيان الثوري رحمهم الله، وكذلك على هذا الاختلاف إذا قطع اليد من المرفق أو من المنكب، فإنه يجب في الكف دية اليد، وحكومة فيما زاد على الكف، وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان في المسألة الأولى أنه يجب دية اليد لا غير، والصحيح قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الساعد أصل بنفسه، وليس بتبع للأصابع ولا للكف، وليس له في الشرع أرش مقدر، فيجب فيه حكومة عدل مبينة له قياساً على ما إذا قطع الساعد بعد قطع الكف.

وإنما قلنا: ليس بتبع للأصابع؛ لأن الساعد غير متصل بالأصابع، بل الكف حائل، وإنما قلنا: إنه ليس بتابع للكف مع كونه متصلاً بالكف؛ لأن الكف تابع للأصابع في حكم الأرش حتى لو قطع الكف، وفيها الأصابع لا يجب في الكف شيء، والتبع لا يستتبع غيره، فإذا تعذر جعله تبعاً وجب اعتباره أصلاً إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد الشرع فيه بتقدير مقدار، فيجب فيه حكومة عدل.

نوع آخر

١٩٤٦٤ - في الضلع إذا كسر حكومة عدل، وفي الترقوة حكومة عدل، وفي ثديي المرأة دية كاملة؛ لأنه فوت جمالاً على الكمال وفوت منفعته على الكمال، وهي منفعة الإرضاع، ولا ذكر في الكتب الظاهرة لثدي المرأة أنه هل يوجب القصاص حالة العمد؟ وفي إحدى ثديي المرأة نصف الدية، وفي حلمتي ثديي المرأة الدية كاملة؛ لأنه فوت جنس منفعته؛ لأن اللبن لا يستمسك في الثدي بعد فوت الحلمة، وفي إحداهما نصف الدية؛ لأن قطع الحلمة بمنزلة قطع الثدي، وفي إحدى ثديي المرأة نصف الدية، وكذا في إحدى حلمتيها، والكبيرة والصغيرة في ذلك على السواء.

وفي ثديي الرجل حكومة عدل، وفي إحداهما نصف ذلك، بخلاف ثديي المرأة، وفي حلمة ثدي الرجل حكومة عدل دون ذلك.

١٩٤٦٥ - وفي الصلب الدية كاملة، إذا منعه من الجماع، أو أصابه حدبة ... الأثر؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال إذ منعه عن الجماع، وجمالاً على الكمال إن أحدبه، ومنفعته من الجماع، وهو حسن الاعتدال والانتصاب.

وأما إذا لم يحدبه ولم يمنعه من الجماع، فهذا على وجهين: إما إن بقي للجراحة أثر أو لم يبق، فإن بقي لها أثر، ففيه حكومة عدل، ولم يجب كمال الدية؛ لأن كمال الدية إنما يجب بتفويت جنس منفعة على الكمال، أو تفويت جمال على الكمال، ولم يفت واحد منهما على الكمال، إنما أوجب نقصاناً في الجمال، فإن أثر الجراحة مما يشينه، ولم يرد الشرع في تقدير ذلك، فكان التقدير مفوضاً إلى رأي القاضي كما في مقدار التعزير، فلهذا قال: فيه حكومة عدل.

هذا إذا بقي للجراحة أثر، أما إذا لم يبق هل يجب فيها شيء؟ قد مرّ هذا فيما تقدم.

١٩١٦٧- وفي الذكر كمال الدية؛ لأنه فوّت جنس منفعة على الكمال وهو منفعة الوطء، وفي ذكر الخصي حكومة عدل عندنا، سواء كان يتحرك أو لا يتحرك، يقدر الخصي على الوطء، أو لا يقدر.

وقال الشافعي رحمه الله: فيه كمال الدية إذا كان يتحرك، سواء كان يقدر على الوطء أو لا يقدر، وعلى هذا الخلاف ذكر العنين، وأما ذكر الشيخ الكبير إذا كان يتحرك ولا يقدر على الوطء، فالجواب فيه كالجواب في ذكر الخصي وذكر العنين.

وفي الأنثيين كمال الدية؛ لأنه فوّت جنس منفعة، وهي منفعة الإنزال[1]، فإن كان قائماً بالأنثيين من حيث إنه يستحق إن كان مقطوع الآلة، وإن لم يكن مقطوع الآلة بالوطء، وقد فات كله بقطع الأنثيين.

وإذا قطع الحشفة يجب كمال الدية؛ لأن المنفعة الأصلية وهي الإيلاج تفوت بذهاب الحشفة، فإن جاء، وقطع باقي الذكر، فإن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء، يجب كمال الدية في الحشفة، وحكومة العدل في الباقي، وقد مرّ هذا.

١٩١٦٨- وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر، ففيه روايتان؛ لأن لكل واحد منهما منفعة كاملة، فإن منفعة الذكر الإيلاج، ومنفعة الأنثيين الإنزال، وذلك يوجد مع فقد الذكر، فلم تنتقص الدية، ولو بدأ بالأنثيين، ثم

---

(١) وفي نسخة أخرى: "الإيلاد" مكان: "الإنزال".

بالذكر، ففي الأنثيين الدية كاملة، وفي الذكر حكومة عدل؛ لأنه حين بدأ بقطع الأنثيين، فمنفعتهما كاملة، فيجب كمال الدية، فإذا قطع الذكر بعده تجب حكومة عدل كما في ذكر الخصي، فإن قطعهما من جانب الفخذ معاً، فعليه ديتان؛ لأنه حين قطع، فلكل واحد منهما منفعة كاملة، فيجب ديتان، وفي الأليتين إذا قطعتا خطأً كمال الدية؛ لأنه يفوت بقطعهما جنس منفعة على الكمال، وهي منفعة الجلوس، وفي إحداهما نصف الدية.

وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله: إذا قطع إحدى أنثييه، فانقطع ماؤه، فعليه دية ونصف، قال: ولا يعلم ذهاب الماء إلا بإقرار الجاني، فإن قطع الباقي من إحدى الأنثيين يجب نصف الدية، ولا ذكر في الكتب الظاهرة للأنثيين أنه هل يجب فيهما القصاص حالة العمد؟ وإذا قطع الحشفة كلها عمداً، ففيها القصاص، وإن قطع بعضها، فلا قصاص؛ لأن في الفصل الأول استيفاء القصاص ممكن؛ لأن له حد يمكن إيقاع القطع فيه على ذلك الحد، ولا كذلك الفصل الثاني، ولو قطع بعض الذكر؛ فلا قصاص فيه، ولو قطع كله ذكر في «الأصل»: أنه لا قصاص؛ لأنه ينقبض وينبسط، ولا يمكن استيفاء القصاص فيه، وصار كاللسان.

وعن أبي يوسف رحمه الله، أنه يجب القصاص.

١٩٦٦٩- وفي الرجلين كمال الدية في الخطأ، وفي إحداهما نصف الدية، وفي كل إصبع من أصابع الرجل عشر الدية، وفي الرجل في العمد القصاص إذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة، أو من مفصل الورك؛ لأن استيفاء القصاص في هذه الصورة ممكن، بخلاف ما إذا قطع من غير مفصل، وكذلك الحكم في أصابع الرجل إن قطعت من المفصل عمداً يجب القصاص، وإن قطعت من غير المفصل لا يجب.

١٩٦٧٠- وإذا قطع الرجل خطأً من نصف الساق تجب الدية لأجل القدم، وحكومة العدل فيما وراء القدم، والكلام فيه نظير الكلام في اليد، إذا قطعت من نصف الساعد، وإن كسر فخذه، فبرئت واستقامت، فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعليه في قول أبي يوسف رحمه الله: حكومة عدل، وذكر أبو سليمان عن محمد رحمه الله في كتاب الحجر قال أبو حنيفة رحمه الله: من كسر عظماً من إنسان يداً

أو رجلا، أو غير ذلك وبرئ، وعاد كهيئته، فليس فيه عقل، فإن كان فيه نقص أو عثم[1]، ففيه من عقله بحساب ما نقص، وكذلك في الجراحة في الجسد إذا برئ وعاد كهيئته، فليس فيه شيء، ولو كان في شيء من ذلك شلل، ففيه حكومة عدل إلا الجائفة، فإن فيها ثلث دية النفس.

١٩١٧٠ - وإذا طعن برمح أو غيره في دبر، فصار بحال لا يستمسك الطعام في جوفه، بل يخرج، ففيه الدية، وإذا ضرب، فسلس بوله، وصار بحال لا يستمسك، فيه الدية.

نوع آخر

في قطع فرج المرأة وغيره

١٩١٧١ - وإذا قطع فرج المرأة، وصارت بحال لا يمكن جماعها، ففيها الدية، وفي «فتاوى سمرقند»: بأن إذا جامع امرأة لا تجامع مثلها، فماتت من ذلك، فعلى عاقلته ديتها.

١٩١٧٢ - وفي جنايات «المنتقى»: إذا جامع امرأته، فأفضاها حتى لا تستمسك البول، أو تستمسك، فلا شيء عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن له أن يطأها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت لا تستمسك البول، فعليه الدية في ماله، وإن كانت تستمسك، فعليه ثلث الدية، ولو دق فخذها أو يدها من الوطء، فأرش ذلك من ماله؛ لأنه قد يقع على جسدها في الجماع، ويتعمد ذلك، فهذا منه تعمد.

١٩١٧٤ - وعن ابن رستم عن محمد رحمه الله: رجل جامع امرأته ومثلها يجامع، فماتت من ذلك، فلا شيء عليه؛ لأنه كان له أن يجامعها.

١٩١٧٥ - وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا جامع امرأته فذهب منها عين، أو أفضاها، أو ماتت، فهو ضامن.

---

(١) عثم العظم عثماً: انجبر من غير استواء.

وقال محمد رحمه الله: يضمن في هذا كله إلا الإفضاء والمثاني من الجماع؛ قال: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله في ما حكاه هشام عن محمد رحمه الله، قال أيضاً: وهو قول أبي يوسف.

وعن الفقيه أبي نصر الدبوسي: إذا دفع أجنبية فسقطت، وذهبت عذرتها، فعلى الدافع مهر مثلها والتعزير.

وعن الشيخ الإمام الزاهد أبي حفص الكبير رحمه الله: فيمن دفع امرأة، فذهبت عذرتها إن عليه الصداق في ماله؛ ولو دفع امرأته، ولم يدخل بها بعد، فذهبت عذرتها، ثم طلقها، فعليه نصف المهر؛ لأنه لو وجب عليه كل المهر، لكان عليه لو دخل بها مهران، ولا وجه إليه.

ولو دفع امرأة غيره، فذهبت عذرتها، ثم تزوجها، ودخل بها وجب لها مهران - والله أعلم -.

نوع آخر

في الجناية على أطراف الصبيان والنسوان:

١٩١٧٦ - قال أصحابنا رحمهم الله: لا يجري القصاص بين الرجال والنساء في الأطراف، ويجري بينهما في الأنفس، وقالوا أيضاً: ما كان له بدل مقدر من الأطراف في الرجل، ففي المرأة نصف ذلك؛ لأن التنصيف في بدل النفس لتنصيف حالها بالأنوثة في حق الأحكام، وهذا المعنى موجود فيما دون النفس، وقد صح أن علياً رضي الله عنه سئل عن إصبع المرأة كم فيه؟ قال: خمس من الإبل، ولم يذكر محمد رحمه الله في الأصل: ما لم يكن له بدل مقدر.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن فيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: يستوي فيه الرجل والمرأة، ومنهم من قال: في المرأة نصف ما في الرجل، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه: أن ما ليس له بدل مقدر يستوي فيه الرجل والمرأة عند أصحابنا، قال في الأصل: والصبي كالبالغ في دية النفس وأطرافه، إذا كان له

منفعة مقصودة تفوت بقطعها كالمارن، واليد والرجل، وأشباه ذلك، ويجب الأرش كما لا يفوتها إذا علم صحته، وفي بعضها ما قد يكون، وفي اللسان بالكلام، وفي العين بما يستدل به على النظر، ولا يكتفي بالأحسن، فيقال: الأصل هو الصحة؛ لأن هذا يحتمل التعليل، والمحتمل لا يصلح للإلزام، وما كان في تفويته تفويت الجمال دون المنفعة كالأذن الشاخصة والشعر، ففيها الدية كاملة من غير فصل؛ لأن الجمال والزينة لا يتفاوت.

١٩١٧٧ - قال في "الأصل": وإذا قطع ذكر مولود، فإن كان قد بدا صلاحه بأن تحرك، ففي العمد القصاص إذا قطعه من الحشفة، وفي الخطأ الدية كاملة، وإن قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص، وإن قطع الذكر من الأصل، فكذلك على رواية "الأصل"، وقد ذكرناه في ذكر البالغ، وأراد بالتحرك التحرك للبول.

وفي "فتاوى النسفي": وفي لسان الصبي الدية إذا كان استهل، فأما إذا لم يستهل، ولم يتحرك، ففيه حكومة عدل.

١٩١٧٨ - وفي "الهاروني": إذا قطع لسان صبي وكان يصيح، فادعى القاطع أنه أخرس، وصياحه صياح أخرس لم يقبل قوله، وعليه الدية في الخطأ، والقصاص في العمد، وإن لم يسمع له صياح، فعلى القاطع حكومة عدل.

وذكر الكرخي رحمه الله: أن في لسان المهمل حكومة عدل.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد الطواويسي أن عامة أصحابنا يقولون: إن فيه كمال الدية؛ لأنه أول عضو ينتفع به حالة الانتفاع، وبه إذا صار بحال ينتفع بسائر أعضائه ينتفع بلسانه أيضاً هو الظاهر.

ووقع في بعض نسخ رواية "الجامع" نصاً عن محمد رحمه الله: أن في لسان الصبي إن استهل حكومة عدل، وإن تكلم، ففيه الدية كاملاً، وفي "الهاروني" أيضاً عن محمد رحمه الله: في امرأة خرج رأس ولدها، فجاء رجل، وقطع عنقه، جعلت عليه الدية، ولا أجعل عليه القصاص ما لم يخرج مع الرأس نصفه أو أكثر.

١٩١٧٩ - وفي "الهاروني": فقأ عين صبي ساعة ولد أو بعد ذلك بأيام، وزعم الفاقئ أنه لم يبصر بهذه العين، أو قال: لا أدري أبصر بها أم لا؟ كان عليه حكومة

والعينان، والأذنان الشاخصتان، وسمعهما، والشفتان، واللحيان، والرجلان، واليدان، والأنثيان، والأليتان.

قال الناطفي: إنما تجب الدية الكاملة في الأليتين إذا استأصلهما الجاني بحيث لم يبق على عظم الورك شيء من لحمهما، فإن قطع أقل من ذلك، فحكومة عدل يحكم عليه فيما قطع بقدر[1] ذلك، وفي إحدى الأليتين نصف الدية، وكذلك في كل واحد من الأزواج التي ذكرنا نصف الدية، والأصل: أن المنفعة إذا كانت مقصورة على عضو واحد، كان في تفويته تفويت المنفعة المقصودة منه، فكان فيه الدية، وإذا كانت المنفعة في عضوين لتفويتهما بتفويتهما، فتعلق وجوب الدية بتفويتهما، وكذلك لو قطع فرج المرأة، فقطع الجانبين حتى وصل إلى العظم، ففيهما الدية، وفي إحداهما نصفها، والله أعلم.

نوع آخر

في الجناية تقع على عضو وتتعدى إلى عضو آخر

١٩٦٨٢- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أن من قطع إصبع إنسان فسقط إصبع أخرى بجنبه، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب القصاص في شيء من ذلك، ولكن تجب دية الإصبعين.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجب القصاص في الإصبع الأولى، والدية في الإصبع الثانية.

وعند محمد رحمه الله: يجب القصاص في الإصبعين، فوجه قول محمد رحمه الله: أن سراية الفعل مضافة إلى الفعل، فيجعل الفاعل كالمباشر للسراية، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: إنه بمنزلة السبب؛ لأن حد السبب أن يفعل في محل فعلاً لم يوضع هو لظهور الأثر في محل آخر كحفر البئر علة تسبيبًا؛ لأنه فعل في الأرض، وإنه لم يوضع لظهور الأثر في الآدمي بخلاف السراية إلى النفس؛ لأن النفس لا يمكن تناولها بالجناية عليها إلا من قبل جرح البدن، فصار ذلك موضوعًا لظهور الأثر في النفس، فكان مباشرًا.

---

(١) هكذا في ظ، وكذا في غيرها: بعد ذلك.

وفي جنايات الجامع الصغير: وإذا قطع رجل إصبع إنسان عمداً، فشلت أخرى إلى جنبها، فعليه أرش الإصبعين دون القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: عليه القصاص في المقطوعة، وأرش الأخرى. وفي مختلفات الفقيه أبي الليث: وإذا قطع الرجل إصبع إنسان عمداً فانسل السكين إلى إصبع أخرى يجب القصاص في الإصبع الأولى، والدية في الثاني بلا خلاف.

١٩١٨٣- وفي المنتقى عن محمد رحمه الله: إذا قطع مفصلاً من السبابة، فسقط الوسطى من الضربة يعني الإصبع الوسطى قطعت الوسطى، والمفصل من السبابة. ولو شلت ما بقي من السبابة، وسقطت الوسطى، فإني لا أقطع الوسطى، ولا أقتص من السبابة.

١٩١٨٤- ولو كسر بعض السن، وسقط الباقي، ففيها القصاص بمنزلة ما لو قطع إصبع إنسان، فسقط عنه اليد، فإنه يجب القصاص في اليد، كذا هنا.

١٩١٨٥- وروى ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: إذا قطع إصبع رجل من مفصل أو غير مفصل، فسقط الكف قال: إن كان الكف سقط من المفصل، ففيها القصاص؛ وإن سقط من غير مفصل فلا قصاص، لا في الكف، ولا في الإصبع، وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

قال: وقد روى أبو يوسف رحمه الله أيضاً عن أبي حنيفة في غير هذه الصورة أنه إن كان قطع الإصبع من مفصل، وسقط الكف من مفصل اقتص، وإن كان قطع الإصبع من غير مفصل، وسقط الكف من مفصل أو كان قطع الإصبع من مفصل، وسقط الكف من غير مفصل، فلا قصاص.

وفي العيون: عن أبي يوسف رحمه الله في عين هذه الصورة: إني إنما أنظر إلى المسقوط، لا إلى أصل الجراحة، فإن كان المسقوط من المفصل يقتص منه وإلا فلا، ولو قطع إصبع رجل عمداً، فشلت الكف، فلا قصاص في الإصبع، وفي الكف دية في قول أصحابنا. وكذلك لو قطع مفصلاً من إصبع رجل، فشلت، ففيما بقي من ذلك دية، ولا قصاص في قولهم جميعاً، بخلاف ما إذا قطع إصبع رجل، فشلت أخرى بجنبها، حيث يجب القصاص في المقطوعة عندهما.

فالحاصل أن أصحابنا اتفقوا في العضو الواحد إذا قطع بعضه، فشُلّ بقيته، أو شلّت منفعة من العضو المقطوع أو قطع معه، أنه لا قصاص، واختلفوا في العضوين ليس أحدهما تبعًا للآخر، والثاني لا قصاص فيه، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا قصاص فيه أصلاً على نحو ما بينا.

١٩١٨٦ - قال محمد رحمه الله في المنتقى: رجل شجّ رجلاً موضحة بحديدة أو بعصا وذهبت عينه من ذلك والعين قائمة إلا أنه قد ذهب البصر قال: أقتص من ذلك كله، وذكر هذه المسألة في الجامع الصغير وقال: على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا قصاص في الموضحة وفيها وفي البصر الأرش.

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: في الموضحة القصاص، وفي البصر الدية، ولو ذهبت عيناه وسمعه وجماعه، فعليه القصاص في الموضحة والعين، وأما الجماع واللسان فإنه لا يقدر على القصاص فيه، فعليه فيه الدية.

١٩١٨٧ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل جبّ رجلاً فقطع خصيته، فإن كان قطعه من فوق فعليه ثلاث ديات، وإن كان قطعه من أسفل، فعليه ديتان، دية لأجل الأنثيين ودية لأجل الحشفة، والحكومة لأجل الذكر.

١٩١٨٨ - وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله: رجل جنى على رجل فذهب شمّه، فصار لا يجد الريح قال: فيه حكومة عدل، قلت: ألا ترى أنه لو جني عليه، فصار لا يتنفس من أنفه، ويتنفس من فمه قال: فيه حكومة عدل.

١٩١٨٩ - وفيه أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله: رجل رمى رجلاً برمية، ففقأ عينه، وبلغت الرمية الدماغ، فعليه نصف الدية للعين، وحكومة ما نفذ من العين إلى الدماغ؛ لأن الرمية وقعت على شيء له أرش مقدر، فيكون فيما جاوزه حكومة.

وفي العيون: إذا رماه في عينه، فأنفذها في قفاه، فعليه في العين نصف الدية، وعليه أيضًا حكومة عدل، فإن أصاب الدماغ، ونفذ، فعليه في العين نصف الدية، ومنها إلى أن يصل إلى الدماغ حكومة العدل، وإذا نفذ في الدماغ، فله ثلث الدية.

وفي نوادر ابن سماعة أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله: إذا رمى رجلاً رمية، فأجافت في منخره، وبلغت الدماغ، كان عليه أرش رمية واحدة؛ لأن الرمية وقعت

على شيء ليس له أرش مقدر، فيكون فيما جاوزه حكومة عدل.

١٩٦٩٠ - وفي "العيون": إذا طعن في أذن رجل، فخرج من الأخرى: قال محمد رحمه الله: فيه حكومة عدل في طعنه، ولو طعن في فيه، فخرج من دماغه، حتى نفذت من الفم إلى الدماغ، حكومة عدل، ومن الدماغ إذا نفذت ثلث الدية.

نوع آخر

في مسائل التداخل:

١٩٦٩١ - الجفون تبع للأشفار إذا قطعت مع الأشعار، حتى لا يفرد الجفون بالأرش، وكذلك الأنف تبع للمارن، حتى لا يفرد الأنف بالموجب، إذا قطع مع[1] المارن.

وكذلك الذكر يعتبر تبعًا للحشفة إذا قطع من الأصل، وكذلك الكف يعتبر تبعًا للأصابع إذا قطع الكف مع الأصابع، وكذا ثدي المرأة يعتبر تبعًا للحلمة.

وإذا قطع اليد من المنكب أو من المرفق، يجب نصف الدية لا غير، ويجعل ما وراء اليد تبعًا لليد، وقال محمد رحمه الله: في الكف نصف الدية، وفيما زاد على ذلك حكومة عدل.

١٩٦٩٢ - قال محمد رحمه الله في "الأصل": رجل شج رجلا موضحة خطأ، فسقط منها شعر رأسه كله، فلم ينبت، فعلى عاقلته الدية كاملة، ويدخل أرش الشجة في تلك عندهم جميعًا، وهذا لما ذكرنا قبل هذا أن الأصل أن الجناية إذا وقعت على عضو واحد، وأتلف شيئين لكل واحد منهما أرش مقدر، وأرش أحدهما أكثر من أرش الآخر يدخل أرش الأقل في الأكثر، وهنا الجناية وقعت على عضو واحد، فإنها وقعت على الرأس، والشعر متصل بالرأس وتبع له، وأتلف شيئين وأرش أحدهما أكثر من أرش الآخر، وإن كان قد ذهب بعض شعر رأسه ينظر إلى أرش الموضحة وإلى أرش ما ذهب من شعره، ويدخل الأقل في الأكثر.

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "من" مكان "مع"

هذا إذا كان مخطئاً في الشجة، وأما إذا كان متعمداً فكذلك الجواب لا يجب القصاص في الشجة، ولكن يجب دية كاملة في ماله لأجل السمع، ويدخل أرش الموضحة فيها، والأصل أن الجناية متى وقعت على عضو واحد وأتلفت شيئين موجب أحدهما القصاص، وموجب الآخر المال، يجب المال في الكل، كما لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فشلت الباقي، يجب المال في الكل عند علمائنا الثلاثة، هكذا ذكر شيخ الإسلام قال: هذا أمر متفق عليه، وإنما الخلاف فيما إذا وقعت الجناية على عضوين، وقد ذكرنا في جنس هذه المسألة خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه، على قول أبي حنيفة يجب المال في الكل، وعلى قول صاحبيه يجب القصاص في الموضحة والأرش في الآخر، فههنا يجب أن يكون كذلك.

وإذا شج رجلاً موضحة خطأ، فذهب عقله وجبت دية كاملة لأجل العقل، ويدخل أرش الشجة في دية العقل، ولو شجه موضحة خطأ فذهب منها سمعه وبصره تجب الدية كاملة لأجل السمع والبصر، ولا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر في ظاهر الرواية عن أصحابنا.

وعن أبي يوسف: أن أرش الشجة يدخل في دية السمع، ولا يدخل في دية البصر، قال: لأن السمع في الرأس؛ لأن محل السمع الأذن، والأذن من الرأس، هكذا قال رسول الله ﷺ[1]، ولم يرد به بيان الحقيقة، وإنما أراد به بيان الحكم حتى يمسح عليهما بالماء الذي مسح به رأسه، وإذا ثبت أن الأذنين من الرأس كانت الجناية واقعة على عضو واحد، وقد أتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر من الآخر، فيدخل الأقل في الأكثر بخلاف البصر؛ لأن محله العين، والعين ليس من الرأس، فكانت الجناية واقعة على عضوين، فلا يدخل أرش أحدهما في الآخر.

وجه ظاهر الرواية أن الأذنين إن كانا من الرأس نظراً إلى الحكم الذي قلتم، فهما

(١) أخرجه الضياء المقدسي في الأحاديث المختارة ٩/٣٦٦ حديث (٣٤٣) والترمذي في سننه ١/٥٣ حديث (٣٧) والدارقطني أيضاً في سننه ١/٩٧ حديث (١٠، ١١، ١٢، ١٣، ٣٠، ٣١) وأبو داود في سننه ١/٣٣ حديث (١٣٤) وابن ماجه في سننه أيضاً ١/١٥٢ حديث (٤٤٣) والربيع في مسنده ١/٥٥ حديث (٩٧) و٤/٦٣ حديث (١٢٨) والطبراني في الأوسط ٤/٢٤ حديث (٤٠٨٤) وفي الكبير ٨/١٢١ حديث (٧٥٥١) وابن الجعد في مسنده ١/٤٦٠ حديث (٣١٦٣) والبيهقي في الكبرى ١/٦٦-٦٧ حديث (٣١٧، ٣٢٠).

دية الدم ، ويستوي سائر الشجات في الحكم الذي ذكرنا سواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقلة أو آمة يريد به أن أرش هذه الشجات تدخل في أرش الشعر .

فإن كانت اثنتين أو ثلاثًا ، وذهب مع ذلك عقله ، أو تناثر جميع شعره وجب دية واحدة؛ لأن الأورام إذا كانت ثلاثًا يجب فيها دية واحدة ، وفي ذهاب الشعر دية واحدة ، وكذا في العقل دية ، فإذا تماثل الواجبان دخل ضمان أحدهما في الآخر .

وإن كانت أربعة وذهب منها عقله لم يدخل أرش الشجاج في ضمان العقل ، وكان فيها دية ، ويجب في كل منها ثلث ذلك ؛ لأن أرش الأورام إذا ازدادت على دية النفس لم يجز أن تدخل في ضمان العقل إلا قدره ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إنما أنظر فيها إلى الأورام وإلى دية العقل ، أوجب لأكثر ، وأدخل الأقل .

الفصل الخامس
فيما يجب على العاقلة من ضمان[١] الجنايات وما لا يجب

١٩١٩٣ - أجمع العلماء أن العمد المحض، إنما أوجب الدية أوجب في مال الجاني في النفس وفيما دون النفس، والخطأ يوجب الدية على العاقلة، ويجب في ثلث سنين، وأما شبه العمد في النفس يوجب الدية على العاقلة، وفيما دون النفس على الجاني، وإن بلغت دية تامة في عضو.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن بدل النفس في الخطأ وشبه العمد مما تتحمله العاقلة، به ورد الأثر عن النبي ﷺ وعن أصحابه وعن إجماع الأمة، وفي العمد يجب بدل النفس في مال القاتل في ثلاث سنين، وأما ما دون النفس في الجناية الخطأ هل تتحمله العاقلة؟ قال علماؤنا رحمهم الله: إن كان مقدار أرش الموضحة في الرجل والمرأة فصاعداً، وذلك نصف عشر الدية يتحمله العاقلة، وما دون نصف عشر الدية لا تتحمله العاقلة، ويجب في مال الجاني.

١٩١٩٤ - وأما بدل[٢] العمد فلا تتحمله العاقلة، وأما حكومة العدل: إن كان دون أرش الموضحة أو مثل أرش الموضحة لا يتحملها العاقلة، وإن كان أكثر من ذلك يقدر فلا رواية فيه عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه: قال شيخ الإسلام: الصحيح أن لا تتحملها العاقلة.

١٩١٩٥ - وأما الصلح فلا يتحمله العاقلة بلا خلاف، ويكون ما وجب على العاقلة مؤجلا في ثلاث سنين، به ورد الأثر عن النبي ﷺ، وتعتبر مدة الأجل من وقت القضاء، لا من وقت القتل، حتى لو مضى سنون من وقت القتل، ثم رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي يقضي بالدية في ثلاث سنين من وقت قضائه؛ لأن الواجب بالقتل

---

(١) وفي الأصل: "دية".

(٢) هكذا في ظ وب وم، وكان في الأصل: "وأما بدل العمد هل تتحمله العاقلة؟ ففيه اختلاف المشايخ، وسيأتي ذلك في فصل الجناية على العبيد إن شاء الله تعالى، وأما حكومة عدل".

الخطأ أحد الأشياء الثلاثة أو أحد الأسباب الستة على حسب ما اختلفوا فيه ؛ وإنما يتعين أحد هذه الأشياء بالقضاء ، فيعتبر المدة من وقت القضاء لهذا

وهذا الذي ذكرنا فيما إذا ثبت القتل معاينة أو بالبينة ، أما إذا ثبت بإقرار القاتل فالدية تكون في مال القاتل ، ولا يجب على العاقلة ، لورود الأثر عن النبي ﷺ ، وكل دية وجبت بنفس القتل في الخطأ أو شبه العمد أو عمد دخل فيه شبهة ، فهي في ثلاثة سنين على من وجب عليه في كل سنة الثلث ، والمراد بالعمد الذي دخل فيه شبهة قتل الأب ابنه ، وكذلك من أقر بقتل خطأ كانت الدية في ماله في ثلاث سنين ، ولو صالح من الجناية على مال فهو في مال الجاني حالا إلا أن يشترط الأجل .

قال في القدوري : وكل جزء من الدية يجب على العاقلة أو في مال الجاني ، فذلك الجزء في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، وذلك : كعشرة قتلوا رجلا خطأ ، فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين . وكذلك لو كانوا عمدا ولكن كان أحدهم أب المقتول ففي مال كل واحد عشر الدية في ثلث سنين ، وسيأتي شيء من هذا في الفصل الذي يلي هذا الفصل .

وإذا كان القصاص بين الشريكين ، وعفا أحدهما حتى انقلب نصيب الآخر مالا ، يجب مؤجلا ؛ لأن هذا مال وجب بنفس القتل العمد . والله أعلم .

الفصل السادس
في معرفة العاقلة، وكيفية تحملهم

١٩١٤٦ - يجب أن يعلم بأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا إذا كان القاتل من أهل الديوان، وإن كان غازيًا، وله ديوان يرتزق منه للقتال، فعاقلته من كان في ديوانه من الغزاة، وإن كان كاتبًا، وله ديوان يرتزق منه، فعاقلته من كان يرتزق من ديوان الكتاب، إن كانوا يتناصرون به، وإن لم يكن له ديوان، فعاقلته أنصاره، وإن كان نصرته بالمحال والدروب تحمل عليهم، وإن كان من القرية ونصرته بأهل القرية تحمل عليهم، وإن كان لا ينتصر بعضهم ببعض، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه، وإن لم يمكنهم التحمل، يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، هم وهم إلى أن يكفي(١).

وقد كانت الدية على عشيرة الرجل في عهد رسول الله ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه، وصدر من خلافة عمر رضي الله عنه، ثم دون عمر رضي الله عنه الدواوين وجند الجنود، وفرض لهم الأعطية في بيت المال، وجعل الدية على أهل الديوان في أعطياتهم، وكان ذلك بمحضر من المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه أحد.

فإن قيل: إذا كان العقل في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه على عشيرة الرجل من قبل أبيه، علمنا أن العقل يتعلق بالقرابة، فكيف جاز لعمر رضي الله عنه تحويله إلى أهل الديوان، وفيه تعليق العقل بمجرد النصرة.

قلنا: لأن عمر رضي الله عنه كان قد عرف أن العقل على عشيرة الرجل في زمن رسول الله ﷺ متعلق بالنصرة لا باعتبار النسب، ودلالة ذلك من وجهين: أحدهما: أنه كان لا يؤخذ من النسوان والصبيان من عشيرة القاتل، وإن كان النسوان والصبيان من عشيرة القاتل؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة.

والثاني: أنه كان يعقل مع عشيرة القاتل حليفهم وعبيدهم، وإن لم يكن لهم

---

(١) هكذا في ب وم، وكان في الأصل: إلى سبع، مكان: أن يكفي.

عصبة من القبائل؛ لأنهم كانوا يتناصرون بها. بعد ما علمت أن العقل في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه كان على العصبة، إلا أن النصرة في زمن النبي ﷺ كانت من أهل القبائل والأقارب؛ لأنه لم يكن في زمنه ديوان، وعمر رضي الله عنه لما دوّن الدواوين صارت النصرة من أهل الديوان في زمنه، فنقل الدية إليهم بهذا، هذا جملة ما ذكره شيخ الإسلام.

وفي فتاوى الفقيه أبي الليث: صبيان يلعبون بالرمي فمرت بهم امرأة فرمى صبي ابن تسع سنين أو نحوه منهما فذهب عينها. قال الفقيه أبو بكر: الدية في مال الصبي دون عاقلته، فإن لم يكن للصبي مال، فنظرة إلى ميسرة.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إنما قال يجب الدية في مال الصبي؛ لأنه كان لا يرى للعجم عاقلة، وكان يقول: العاقلة كانت للعرب؛ لأنهم كانوا يتناصرون فيما بينهم، وأما العجم لا يتناصرون فيما بينهم، فلا عاقلة لهم، وهكذا كان يفتي الفقيه أبو جعفر رحمه الله: أنه لا عاقلة للعجم؛ لأنهم لم يحفظوا أنسابهم، ولا ديوان لهم أيضاً، وبه كان يفتي الفقيه ظهير الدين المرغيناني رحمه الله. وبعض المشايخ قالوا: لا، بل للعجم عاقلة؛ لأن لهم عادة في التناصر، ويدفع البعض عن البعض كالأساكفة والصفارين بمرو كلاباذ، وكالخسابين ببخارى، وكالصفارين والمراخين والصرافين بسمرقند، وبه كان يفتي محمد بن سلمة البلخي، وهكذا كان يفتي شمس الأئمة الحلواني.

١٩١٩٧: فإذا قتل رجل من هؤلاء رجلاً خطأ، فعاقلته أهل حرفته، قالوا: وعلى هذا ينبغي طلبة العلم يكون بعضهم عاقلة بعض، وقد حكي عن القاضي الإمام المنتسب إلى إسبيجاب أنه كان يقول: أهل صنعة تقابل عاقلته وديوانه، ولكن بشرط أن يكونوا يتناصرون بها.

وفي باب القسامة من كتاب العيبة إذا لم يكن للقاتل ديوان: فعاقلته من يتناصر بهم، وهم أهل محلته إن كان له محلة يتناصر بعضهم ببعض، وأهل قريته إن كان له قرية يتناصر بعضهم ببعض، أو أهل حرفته إن كان له حرفة يتناصر بعضهم ببعض؛ وإن كان لا يتناصر، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه.

والحاصل أن العبرة في هذا الباب للتناصر وقيام البعض بأمر البعض، فإن كان

أهل المحلة أو أهل السوق أو أهل القرية أو العشيرة بحال لو نابه أو لواحد منهم أمر قاموا معه في كفايته فهم العاقلة وإلا فلا، وإن كان له متناصرون من أهل الديوان ومن العشيرة والمحلة والسوق، فأهل الديوان أولى، فإن لم يكن له متناصرون من أهل الديوان فالمتناصرون من العشيرة، ثم بعد ذلك المتناصرون من أهل المحلة والسوق، هكذا ذكر الناطفي.

وعلى قياس ما ذكر الناطفي: القاتل إذا كان من أهل ديوان أمير من الأمراء أو للقاتل [illegible] تعد لهم، فالدية على من جمعهم ديوان ذلك الأمير دون عشيرته، وإن لم يكن من أهل الديوان فعلى عصبته إن كانوا يعقلونه، وإن لم يكن، ففي ماله يؤدى في كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، هكذا ذكر الناطفي.

١٩٠٩٨- قال في كتاب المعاقل: ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر، وهذا لأن العقل مبني على التناصر، وأهل كل مصر يتناصرون بأهل ديوان مصرهم، ولا يتناصرون بديوان مصر آخر، وأهل الكوفة يعقلون عن سوادهم وقراهم(١)، وكذلك أهل كل مصر يعقلون عن أهل سوادهم وقراهم، يريد بهذا أن أهل المصر الذين من أهل الديوان ولهم ديوان، لكن من [illegible] يعقلون أهل المصر وأهل القرى، وإن لم يكن القاتل من أهل الديوان؛ وهذا لأن العقل إنما وجب على من هو أهل نصرة القاتل، وأهل نصرة أهل الكوفة وقراها ممن لا ديوان له أهل ديوان كوفة، لكن من المقاتلة. فإذاً على رواية المعاقل إن كان القاتل من أهل الديوان، فعاقلته أهل ديوانه، وإن لم يكن من أهل الديوان، فعاقلته العشيرة. وإن لم يكن شيء من ذلك، فعاقلته أهل ديوان مصره، ولكن من المقاتلة، لا أهل ديوان مصره مطلقًا كالكتاب ونحوهم، فإن لم يكن: الآن يعتبر العشيرة، إنما تعتبر العشيرة من قبل أبيه لا من قبل أمه، فقد صح أن رسول الله ﷺ قضى بوجوب الدية على عصبة القاتل، والتعصيب إنما يستفاد من قبل الأب لا من قبل الأم. والقاتل من جملة العاقلة يؤخذ منه، كما يؤخذ من العاقلة، إن كان من أهل العطاء، وإن كان ذكرًا حرًا بالغًا صحيح العقل.

١٩٠٩٩- وكذلك أب القاتل وابنه من جملة العاقلة، والزوج لا يكون عاقلة

---

(١) وفي م: "وقراهم".

المرأة، وكذا للمرأة لا تكون عاقلة الزوج، والابن لا يكون عاقلة الأم إلا أن يكون زوجها من قبل أبيها. ويؤخذ ذلك في ثلاث سنين، ولا يؤخذ من النساء والعبيد والإماء والصبيان والمجانين؛ لأن وجوب الدية على العاقلة بالشرع بخلاف القياس، والشرع لم يوجب العقل على هؤلاء، فيرد هؤلاء إلى ما يقتضيه القياس.

ويؤخذ من كل رجل ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، لا يزاد على ذلك، به ورد الأثر، وأقله غير مقدر، وإن لم يبلغ من الرجال من أهل ديوانه، وأنصاره ما يؤخذ من كل واحد منهم ثلاثة أو أربعة، فإنهم يضم إليهم أقرب الدواوين إليهم من هذا المصر؛ لأنه لا يجوز أن يأخذ من كل واحد منهم ما زاد على الأربعة نصًّا لأصحابنا[1] عن الديوان الذي فيهم القاتل، فلا بد من ضم ديوان آخر إليهم، وضمّ الأقرب أولى من ضمّ الأبعد.

وإنما يضم إلى هذا الديوان أقرب الدواوين إليه من هذا المصر الذي فيه ديوان القاتل لا من مصر آخر؛ لأن أهل المصر لا يعقل عن أهل مصر آخر، وأقرب الدواوين إلى ديوان القاتل من هذا المصر أن يكون مائدة ذلك الديوان من يد قائد الديوان الذي فيه العاقلة، ثم إذا ضم إليه أقرب الدواوين من هذا المصر، ولم يكف، يضم إليه أبعد الدواوين من دواوين هذا المصر، وهو الديوان الذي ليست مائدته من يد قائد الديوان الذي فيه القاتل، ثم إذا ضم إليه أبعد الدواوين ولم يكف، يضم إليه عشيرته من قبل أبيه، وإذا كان في هذا المصر ديوان هو أقرب إلى ديوان القاتل إلا أنهم من أجانب القاتل، وديوان آخر هو أبعد عن ديوان القاتل إلا أنهم من عشيرة القاتل من جانب الأب، فإنه يضم أقرب الدواوين إلى ديوانه وإن كانوا أجانب، وإن كانا في القرب إلى ديوانه على السواء إلا أن أحدهما من عشيرة القاتل من قبل الأب والآخر من أجانب، فإنه يضم إليه من كان من عشيرته، ويعتبر النسب ترجيحا حتى استوى الديوانان في القرب إليه، ثم إذا ضممنا إلى أنصاره عشيرته من قبل الأب ولم يكف، يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، ثم وثم إلى أن يكفي، هكذا ذكره محمد رحمه الله.

قالوا: وهذا الجواب إنما يستقيم في حق العربي؛ لأن العرب حفظوا أنسابهم،

(١) وكذا في الأصل: الأصحاب.

فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب ، أما لا يستقيم في حق العجمي ؛ لأن العجم قد ضيعوا أنسابهم ، فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً ، فبعد ذلك اختلف المشايخ .

قال بعضهم : يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب ، وبعضهم قالوا : يجب الباقي في مال بيت المال ، وبعضهم قالوا : يجب الباقي في مال الجاني ، ووقع في بعض الكتب أنه إذا ضم إلى أنصاره أبعد الدواوين ، ولم يكف ، يضم إليه المحال الأقرب فالأقرب ، وهذه المسألة دليل على أن أهل محلة يعقل عن أهل محلة أخرى ، هكذا ذكر الطحاوي رحمه الله في كتابه خلافاً ؛ لما ذكره صدر الشهيد .

وحكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله : أن الجاني إذا كان ديوانياً ، ولأقربائه دواوين أيضاً ، فعقله على أقربائه من ديوانه ، فإن لم يتسع ، فعلى الكل يعني على جميع أقربائه من ديوانه ومن ديوان غيره ، وإن لم يكن الجاني ديوانياً ، ولكن لأقربائه دواوين ، فعقله على أقرب أقربائه إليه من أهل الديوان ، فإن لم يتسع ، فهو عليهم يعني على جميع الأقارب ، وإن لم يكن هو ديوانياً ، ولكن لبعض أقاربه ديوان في المصر ، ولا ديوان لبعضهم ، وهم يسكنون في الرستاق ، فإنه ينظر إن كان القاتل يسكن الرستاق ، فهو على أقاربه من الذين يسكنون في الرستاق ، فإن لم يتسع ، فهو على جميع أقاربه الذين يسكنون في الرستاق ، والذين يسكنون المصر من أهل الديوان ، فما فضل فهو من ماله .

١٩٢٠٠ - وإن كان القاتل يسكن المصر ، فعقله على أقربائه الساكنين في المصر من أهل الديوان ، فما فضل فهو من ماله ، ولا يجب على عاقلته من أهل الرستاق الذين لا ديوان لهم ؛ لأن أهل الرستاق يتناصرون بأهل المصر ، وأهل المصر لا يتناصرون بأهل الرستاق ، وإن لم يكن لهم ديوان ، ولا لقرابته ينظر إن كان يتناصر بأهل الحرف ، فعقله عليهم ، والفضل في ماله ، وإن كان يتناصر بأهل المحلة ، فعقله على أهل المحلة ، والفضل عليه ، وإن كان يتناصر بالمصر فهو على أهل المصر ، وأهل البادية واليمن الذي لا ديوان لهم فعقلهم على أقرب الأنساب ؛ لما ذكرنا ، هذا جملة ما حكي[1] عن الفقيه

---

(١) هكذا في ظ وف م ، وكان في الأصل : ما ذكرنا ، مكان : ما حكي .

أبي جعفر رحمه الله .

١٩٢٠١ - وهذا الذي ذكرنا كله فيما إذا كان للجاني عاقلة ، أما إذا لم يكن له عاقلة ، فعقله على بيت المال ، هكذا ذكر في "الجامع" و"الزيادات" ، وروي عن محمد رحمه الله عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : أنه يكون في مال الجاني ، وذكر في كتاب الولاء أن بيت المال لا يعقل من له عشيرة أو وارث ، سواء كان مستحقًا للميراث أو لم يكن ، بأن كان كافرًا أو عبدًا ، حتى قالوا : لو أن حربيًا مستأمنًا اشترى عبدًا مسلمًا ، فأعتقه ، ثم عاد المستأمن إلى دار الحرب ، فأسر وأخرج إلى دار الإسلام ، ثم مات المعتق ، فميراثه بيت المال ؛ لأن معتقه رقيق ، ولو جنى هذا المعتق فعقله عليه ، ولا يكون في بيت المال ؛ لأن له وارث معروف ، وهو مولى العتاقة ، وإن كان لا يستحق ميراثه .

وما ذكر في "الجامع" : محمول على قاتل ليس له وارث معروف كاللقيط ، لأن غنمه يكون لبيت المال ، فغرمه أيضًا : يكون على بيت المال ، وإذا كانت العاقلة من أهل الديوان ، تجعل الدية في عطاياهم ؛ لأن الدية أوجبت عليهم بطريق التخفيف ، ولهذا وجبت مؤجلة في ثلاث سنين ، والتخفيف في أن تجعل الدية في عطاياهم ؛ لأن أداء الدية من مال لم يكتسبوها بكد أيديهم أخف من أدائها من مال اكتسبوها بكد أيديهم ، فإذا خرج أول عطية لهم بعد القتل وبعد القضاء عليهم بالدية ، يؤخذ منها ثلث الدية ، وإذا خرج العطية الثانية يؤخذ الثلث الثاني ، وإذا خرجت العطية الثالثة يؤخذ الثلث الثالث ، وقبل خروج العطايا لا يؤخذ منه شيء ؛ لأنه فرض في العطاء ، وإن خرجت لهم ثلاث أعطية بمرة واحدة ، وكان ذلك بعد القضاء بالدية عليهم ، تؤخذ الدية كلها من تلك الأعطية ، فسقط الأجل .

وإن كان عاقلة الرجل أصحاب الرزق ، قضى عليهم بالدية في أرزاقهم تخفيفًا عليهم ، كما كان يقضى في عطاياهم إذا كانوا أصحاب عطاء تخفيفًا عليهم .

والفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية ، يفرض له كل شهر أو كل يوم ما يكفيه ، والعطاء ما يفرض كل سنة ، ويقدر بخيره وغنائه في أمر الدين ، ولا يقدر بالحاجة والكفاية ، فإن خرجت لهم أرزاق

لأنهم مضت بعد القضاء بالدية يؤخذ منه الدية بحصته ، فيعتبر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل شهر يؤخذ من رزق كل شهر بحصته سدس ثلث الدية ، وإن كان يخرج في كل سنة نصف ثلث الدية ، وذلك سدس الدية بخلاف فصل العطاء فإنه يؤخذ من كل عطاء يخرج ثلث الدية .

والفرق أن الدية مؤجلة في ثلاث سنين ، والعطاء يخرج في كل سنة مرة ، وكان في كل عطاء يخرج ثلث الدية ، فأما الرزق مختلف قد يخرج كل شهر ، وقد يخرج في كل ستة أشهر ، فكان في كل رزق من ثلث الدية بحسابه ، وإن كانت العاقلة من لهم أرزاق في كل شهر ، وعطايات في كل سنة ، فالدية تفرض في عطاياهم ؛ لأن العطاء أصل في فرض الدية ، فإن عمر رضي الله عنه فرض الدية في العطاء ، ولا يصار إلى البدل مع القدرة على الأصل ، كما لا يصار إلى العشيرة في العقل مع وجود الديوان ؛ لأن الديوان صار أصلا بفرض عمر رضي الله عنه .

١٩٢٠٢ - قال محمد رحمه الله في كتاب المعاقل : وما كان من جراحات الخطأ ففي العاقلة على أهل الديوان إذا بلغت الجراحة ثلثي الدية في سنتين ، وإن كان النصف ففي السنتين أيضا ، وإن كان الثلث ففي سنة ، وذلك لأن الشرع أجل كل ثلث الدية إلى سنة ، ومن كان منزله البصرة وديوانه الكوفة ، فأهل الكوفة يعقلون عنهم ، وهو يعقل عنهم ، وذلك لأن العقل إنما وضع على أهل النصرة[1] للتقاتل ، وأهل نصرته أهل ديوانه لا أهل بلده ، فكان عقله على أهل ديوانه لا على أهل بلده .

قال : ولو أن أخوين لأب وأم ، وأحدهما ديوانه بالكوفة ، والآخر ديوانه بالبصرة ، لم يعقل أحدهما عن صاحبه ، وهذا بناء على ما قلنا : إن العقل أولا على الديوان ، وإنما يوضع على العشيرة عند انعدام الديوان .

١٩٢٠٣ - ومن قتل قتيلا خطأ ، وهو من أهل الكوفة ، وله بها عطاء ، فلم يقض على عاقلته بالدية حتى حول ديوانه ، فجعل ديوانه واسمه في ديوان البصرة ، ثم رفع ذلك إلى القاضي ، فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة ؛ لأن عاقلته يوم القضاء من أهل ديوان البصرة .

(١) هكذا في الأصل ، وكان في غيره : أهل النصرة .

ولو قضى بالدية على عاقلته بالكوفة في ثلاث سنين، فأخذ منهم ثلث الدية، أو لم يؤخذ، ثم حول اسمه عنهم، فجعل في ديوان أهل البصرة، كان العقل على ديوان أهل الكوفة، ولا يتحول إلى ديوان أهل البصرة، لأنا لو حولناه إلى ديوان أهل البصرة احتجنا إلى نقض قضاء القاضي بالعقل على أهل الكوفة؛ لأنه لا وجه إلى أن يشرك أهل البصرة أهل الكوفة في العقل حتى يبقى القضاء بالعقل على أهل الكوفة؛ لأن أهل مصر لا يعقل عن أهل مصر آخر، لا بد وأن يتحول ما على أهل الكوفة إلى أهل البصرة، فيكون نقضاً لقضاء القاضي، وقضاء القاضي متى صح لا ينقض ما لم يظهر خطأ فيه، ولم يظهر؛ لأن حين قضى بالعقل على أهل الكوفة كان ديوان أهل الكوفة عاقلة له، بخلاف ما قبل القضاء، إذ ليس في تحويل العقل هناك نقض القضاء، ثم قال: إلا أنه يؤخذ من عطايا البصرة حصته، يريد به القاتل، فالقاتل واحد من العاقلة عندنا على ما بينا.

١٩٢٠٤ - وفي «المنتقى» رواية مجهولة: خراساني انتقل إلى البصرة، فوطنها وتزوج بها ثم قدم الكوفة وتزوج بها، ثم قتل قتيلاً بالكوفة خطأ، فالدية على عاقلته بالبصرة.

١٩٢٠٥ - وفيه أيضاً: إذا قتل البدوي رجلاً من أهل الحضر خطأ، فعليه مائة من الإبل في البادية في عشيرته وقومه، يجمع ذلك له عرفاً[١]، ويوم ولي الدم بالخروج إليهم حتى يستوفي ذلك منهم في بلادهم. وفي «العاقل»: ولا تقبل البينة على القتل الذي توجب الدية إلا بمحضر من العاقلة.

ولو أقر القاتل بين يدي القاضي أن ولي القتيل هذا أقام البينة على عبد فلان القاضي بالقتل خطأ، وقضى ذلك القاضي، فإن هذا القاضي يقبل إقراره، ويقضي بالدية على العاقلة، وهذا مشكل عندي، فإن هذا قضاء على العاقلة بإقرار القاتل، وإنه لا يجوز.

١٩٢٠٦ - ولا يعقل مسلم حر عن كافر، ولا كافر عن مسلم؛ لأن العقل بني على النصرة، ولا تناصر بين أهل الكفر والإسلام، والكفار يتعاقلون فيما بينهم إذا دانوا

(١) وكان في الأصل: «غرماً» مكان «عرفاً».

التعاقل . وإن اختلفت مللهم ؛ لأنهم إذا كان التعاقل صاروا في حكم الجناة[1] بمنزلة الشاميين . والمسلمون يتعاقلون فيما بينهم ، فكذا أهل الذمة ، وإن كانوا لا يعرفون التعاقل فيما بينهم ، فإنه يجب الدية في مال الجاني .

وإذا عرفوا التعاقل إلا أنه لا عاقلة للجاني ، تجب الدية في مال الجاني ، ولا تجب في مال بيت المال .

فرق بين الذمي والمسلم ، فإن الجاني إذا كان مسلمًا ولا عاقلة له ، فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية ، ولا يجب في مال الجاني ، والفرق أن العقل إنما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة ، ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بأن كان لقيطًا ، فجماعة المسلمين أهل نصرته ، فأمكننا إيجاب عقله في بيت المال باعتبار النصرة ، بخلاف الذمي فإن جماعة المسلمين ليس أهل نصرته ، فالموالاة بينه وبينهم منقطعة ، وإن لم يكن جماعة المسلمين أهل نصرته تعذر إيجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة ، فوجب في ماله . ثم عاقلة الذمي إنما يتحمل بقدر ما يتحمل عاقلة المسلم ، وذلك قدر أرش الموضحة فصاعدًا ، أما ما دون ذلك يجب في مال الجاني - والله أعلم - .

---

(١) وكذا في الأصل : الجنايات .

الفصل السابع

في بيان من يستحق القصاص ومن يثبت له ولاية الاستيفاء للقصاص

١٩٢٠٧ - القصاص يقسم جميع الورثة على قدر مواريثهم الرجال والنساء سواء عند علمائنا. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالاً أو حقاً فهو لورثته» ولم يفصل(١). والمعنى فيه أن القصاص حق يجري فيه الإرث، فيرثه الرجال والنساء من ورثته قياساً على سائر الحقوق التي تجري فيه الإرث وبيان أنه يجري فيه الإرث أن المقتول إذا مات وترك ابنين لصلبه، وصار القصاص بينهما إذا مات أحدهما، وترك ابناً، فما كان للميت الثاني تحول إلى ابنه، بخلاف فصل الولاء، فإن الولاء مما لا يجري فيه الإرث، حتى إن المعتق إذا مات عن ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك ابناً، فإن ما كان للميت الثاني لا يصير لابنه، بل يكون جميع الولاء للابن الباقي من ابني الميت الأول.

١٩٢٠٨ - وإذا قتل الرجل عمداً وله ولي واحد، فله أن يقتل القاتل قصاصاً، قضى القاضي أو لم يقض، ويقتله بالسيف ويحز رقبته، قال عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف»(٢). وإذا أراد أن يقتله بغير السيف منع عن ذلك، ولو فعل ذلك يعزر إلا أنه لا ضمان عليه، ويصير مستوفياً حقه بأي طريق قتله، وله أن يقتله بنفسه، وأن يأمر غيره بذلك، ولا ضمان على المأمور إذا قتله، وهذا إذا كان الأمر ظاهراً، وإن لم يكن الأمر ظاهراً، فقال: كنت أمرت القاتل بالقتل، فإنه لا يصدق، ويجب القصاص على القاتل

---

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى مختصراً ١/ ٢٤٠ حديث (٩٤٧) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢٣٧ حديث (١٦١٨) وابن حبان أيضاً في صحيحه ١١/ ١٩٢ حديث (٤٨٥٤) وأبو عوانة في مستخرجه في ترجمة الباب ٣/ ٤٤٢ تعليقاً، والترمذي في سننه ٣/ ٣٨٢ و٦٢٣ حديث ١٠٧٠، وأبو داود في سننه ٣/ ٢٩٥ حديث (٢٩٥٥) والبيهقي في الكبرى ٧/ ٥٢ حديث (١٣١٢٣) والنسائي في الكبرى ٣/ ٤٢٧ حديث (٦٠٨٩) وفي ٤/ ٩٠ حديث (٦٤٤٩) وفي المجتبى ٤/ ٦٦ حديث (١٩٦٣) و٦/ ٣٧٣ حديث (٣٣٣١) وابن ماجه في سننه ٢/ ٨٠٧ حديث (٢٤١٥) وأحمد في مسنده ٢/ ٤٥٣ حديث (٩٨٤٧).

(٢) وتخريج هذا الحديث قد مضى.

للثاني لقاتل الأول، وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال، وكذا إذا مات، والقصاص في الطرف يخالف القصاص في النفس في فصل، فإن الطرف إذا قطع بحق حتى سقط القصاص يغرم القاطع أرش الطرف للمقطوع طرفه أولًا، وإذا قطع بغير حق، أو فات الطرف بآفة سماوية، سقط القصاص بغير مال.

١٩٢٠٦ - وإذا قتل الرجل عمدًا، وليس له ولي، فللسلطان أن يقتله قصاصًا، قال عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له»(١)، ذكر المسألة في الأصل من غير ذكر خلاف، وذكر في كتاب اللقيط: اللقيط إذا قتل عمدًا، فللإمام أن يقتل القاتل في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس له أن يقتله، فمن مشايخنا من حمل مسألة الديات على الخلاف أيضًا، وجعل المذكور في الديات قولهما. ومنهم من قال ما ذكر في الديات قول الكل.

والفرق على قول هذا القائل بين مسألة الديات ومسألة كتاب اللقيط من حيث الوضع: وضع المسألة في الديات فيمن لا ولي له في دار الإسلام بأن كان حربيًا قد أسلم في دار الإسلام، أو كان من أهل دارنا، وله نسب معروف إلا أن أهل بيت نسبه قد انقرضوا، وإذا لم يكن له ولي في دار الإسلام، تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء للإمام، فيستوفيه، فأما اللقيط فهو من دارنا إلا أنه مجهول النسب، فاحتمل أن له وليًا في دارنا إلا أنا لا نعلم به، وعلى هذا التقدير لا يثبت ولاية الاستيفاء للإمام، ويحتمل لا ولي له في دارنا، وعلى هذا التقدير يثبت له ولاية الاستيفاء، فلا يثبت له ولاية الاستيفاء بالشك.

ولو أراد الإمام أن يصالح في هذه الصورة، فله ذلك؛ لأن الصلح حسن من

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٦/ ٦٦ حديث (٢٥٣٦٥) و٤٧، وأورده له أيضًا ٦/ ٩٠، وأبو محمد في طبقات المحدثين ٢/ ٦٩، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى ١/ ١٧٥ حديث (٧٠٠) وابن حبان في صحيحه ٩/ ٣٨٤، ٣٨٦ حديث (٤٠٧٥)، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٨٢ حديث (٢٧٠٦)، و٢/ ١٨٣ حديث (٢٧٠٩)، والترمذي في سننه ٣/ ٤٠٧ حديث (١١٠٢)، وأبو عوانة في مسنده ٣/ ٧٧ (٤٠٣٨)، والبيهقي في الكبرى ٧/ ١٠٥-١٠٦، ١١٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٣٨، و١٤٨، والدارقطني في سننه أيضًا ٣/ ٢٢١ حديث (١٠) وفي ٣/ ٢٢٦ حديث (٢٠)، وأبو داود في سننه ٢/ ٢٢٩ حديث (٢٠٨٣)، والنسائي في الكبرى ٣/ ٢٨٥، ٤/ ٧٦ حديث (٥٣٩٤) و(٦٣٤٤)، وابن ماجه في سننه ١/ ٦٠٥ حديث (١٨٧٩)، والطبراني في الأوسط ٦/ ٢٦٨ حديث (٦٣٠٨).

يملك الاستيفاء، وهو أعم في حق جماعة المسلمين من الاستيفاء. ولو أراد أن يعفو عن القصاص ليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق جماعة المسلمين بغير عوض.

وإذا وجب القصاص بصغير أو معتوه في النفس، أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب في هذا القصاص، فإن الأب يملك الاستيفاء عند علمائنا، خلافًا للشافعي، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي في شرحه: أن الأب يملك الاستيفاء استحسانًا، والقياس أن لا يملك ذلك، وجه القياس أن علة ولاية الأب على الصغير حاجة الصغير إلى ذلك تحصيلا للمصلحة في حقه، ولا حاجة للصغير إلى استيفاء القصاص في الحال، ولا مصلحة له في ذلك، لأن مصلحة استيفاء القصاص مصلحة الإحياء، ومعنى الإحياء أن القاصد يقصد قتل ولي المقتول؛ لما أنه يخاف من الولي، فإذا قتل القاتل بقي ولي المقتول حيًا. فقلنا: والقاتل لا يقصد قتل الصغير؛ لما أنه لا يخاف من الصغير.

وجه الاستحسان: أن القصاص إما أن يكون ملحقًا بالمال أو بالنفس، وأيًا ما كان فللأب ولاية ذلك نفسه، وهو أن للأب شفقة كاملة على الصغير، وله رأي كامل، وبحكم كمال الرأي يقدر على تحصيل النظر للصغير، وبحكم الشفقة يحصل، فحصل النظر للصغير. وإنما يثبت ولاية الأب في نفس الصغير وماله لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود في القصاص، فثبت له الولاية أيضًا.

وقوله: لا حاجة للصغير إلى استيفاء القصاص في الحال، قلنا: هذا ممنوع، وهذا لأن القاتل كما يقصد قتل الكبار من الأولياء لشر يتوهم منهم للحال يقصد قتل الصغار منهم لشر يتوهم منهم في الثاني. ألا ترى كيف جرت العادة فيما بين الظلمة بقتل الصغار من أولاد الأعداء.

ولو أراد الأب أن يصالح عن قصاص وجب للصغير أو المعتوه في النفس، أو فيما دون النفس، فله ذلك؛ لأن فيه نقل حق الصغير عما ليس بمال إلى ما هو مال، ولو أراد أن يعفو عن ذلك، فليس له ذلك؛ لما فيه من إبطال حق الصغير بغير عوض، وأما الوصي فهل يملك استيفاء قصاص وجب للصغير أو للمعتوه، فإن كان القصاص في النفس لا يملك، بخلاف الأب

والفرق أن ولاية الاستيفاء للأب إنما تثبت نظراً للصغير ؛ لأن الأب بحكم كمال الرأي يقدر على تحصيل النظر ، وبحكم كمال الشفقة يحصل النظر . فأما الوصي إن كان كامل الرأي ، فليس له شفقة كاملة ، فبإقدامه على الاستيفاء لا يعلم جهة المصلحة في الاستيفاء ؛ وهذا لأن مصلحة استيفاء القصاص مصلحة الإحياء ، وهذه المصلحة قد تحصل بدون الاستيفاء بأن لا يقصد القاتل قتل الولي لوقوع الأمن له عن قصد الولي إما لصلحه ، أو ما أشبه ذلك ، وإنما يتوقف على ذلك عند التأمل ، والداعي إلى التأمل كمال الشفقة ، وللأب شفقة كاملة ، فإذا مال إلى الاستيفاء ، علمنا أنه تأمل ، فوجد الاستيفاء مصلحة على التعيين . فأما الوصي فليس له شفقة كاملة على الصغير ، فلا يستدل بإقدامه على الاستيفاء على كون الاستيفاء مصلحة على التعيين ، والقياس يأبى الولاية على الصغير إلا فيما هو مصلحة في حقه على التعيين . وإذا لم يعرف كون الاستيفاء من الوصي مصلحة في حقه على التعيين ، رد إلى ما يقتضيه القياس .

١٠٩٦٦ - وإن كان القصاص فيما دون النفس ، ذكر شيخ الإسلام في شرحه : أن في عامة الروايات له ولاية الاستيفاء ، وفي بعض الروايات ليس له ولاية الاستيفاء ، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه : أن في المسألة قياساً واستحساناً ، القياس أن ليس له ذلك ، وفي الاستحسان : له ذلك ، وجه ما ذكر أنه ليس له ذلك أن القصاص فيما دون النفس يشبه القصاص في النفس من وجه من حيث إنه عقوبة تندرئ بالشبهة ، ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، وبشهادة النساء مع الرجال ، ويجب موجبه على العاقلة إذا كان خطأ كما في النفس ، ويشبه المال من حيث إنه مشروط فيه التكافؤ والتساوي كما في المال ، فمن حيث إنه بمنزلة القصاص في النفس لا يثبت للوصي ولاية الاستيفاء ، ومن حيث إنه بمنزلة المال يثبت للوصي ولاية الاستيفاء ، فلا يثبت له ولاية الاستيفاء بالشك . وجه ما ذكر أن له ذلك أن القصاص فيما دون النفس في حق حكم الاستيفاء ألحق بالمال حتى يشترط فيه التساوي والتكافؤ لجواز الاستيفاء ، وللوصي ولاية الاستيفاء في المال ، فيثبت له ولاية الاستيفاء في القصاص فيما دون النفس .

وإن أراد الوصي أن يصالح عن قصاص وجب للصغير ، إن كان القصاص في النفس فيه روايتان : على رواية صلح "الأصل" ليس له ذلك ، لأن الوصي في حق

القصاص في النفس بمنزلة الأجنبي، ألا ترى أنه لا يملك الاستيفاء، وعلى رواية كتاب الأصل أو الجامع الصغير له ذلك، ويفرق على هذه الرواية بين الصلح وبين الاستيفاء.

والفرق: وهو أن الوصي في حق الصغير بمنزلة الأب من وجه، حتى ملك التصرف في ماله كالأب، وبمنزلة الأجنبي من وجه حتى لم يملك التصرف في نفسه كالأجنبي، فشبهه بالأب ملك الصلح، لأن الصلح تصرف في المال بأحد طرفيه، وشبهه بالأجنبي لم يملك الاستيفاء.

١٩٢١١ - وإن كان القصاص فيما دون النفس فعلى الرواية التي يملك الاستيفاء كما ذكره شيخ الإسلام، وعلى جواب الاستحسان على ما ذكره الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: يملك الصلح كما في الأب، وعلى الرواية التي لا يملك الاستيفاء وهو القياس يجب أن يكون فيه روايتان، لأن على هذه الرواية القصاص فيما دون النفس ملحق بالقصاص في النفس، وفي صلح الوصي عن القصاص في النفس روايتان.

١٩٢١٢ - وإن أراد الوصي العفو فليس له ذلك، النفس وما دون النفس في ذلك سواء، وإن صالح الوصي عن قصاص وجب للصغير، وحط من الدية شيئًا، لا يجوز ما حط يبلغ به الدية، النفس وما دون النفس على السواء، فلم يجز الحط من غير فصل بين الفاحش وبين اليسير، والوكيل بالصلح على عشرة آلاف إذا حط عنه درهمًا لا يبلغ به الدية، ولكن يتوقف على إجازة الموكل، ومن قال: ينبغي تتم الدية لأن بدل القصاص مقدر شرعًا، وفي مثل هذا لا يتحمل الغبن أصلاً، عرف ذلك في مسألة الوكيل بالبيع بدل مقدر، ولا يخير القاتل، وإن لزمه زيادة بدل لم يرض به؛ لأنه تعذر عليه الفسخ، لأن الصلح عن القصاص بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يفيد التخيير.

١٩٢١٣ - وإذا قتل الرجل وله أولياء صغار وكبار، فللكبار أن يقتلوا القاتل، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار، ذكر المسألة بهذا اللفظ في «الجامع»، وذكر في «الأصل» بلفظ آخر، فقال: إذا قتل الرجل وله ورثة صغار وكبار، فأراد الكبير أن يستوفي موجب القتل كله، فله ذلك، وحمل المسألة على

وجهين: إما أن يكون القتل خطأ أو عمدًا، فإن كان الشريك الكبير أبًا كان له أن يستوفي جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك، وحصة الصغير بحكم الولاية.

١٩٢١٤ - وإن كان الشريك الكبير أخًا أو عمًا، ولم يكن وصيًا للصغير يستوفي حصة نفسه، ولا يستوفي حصة الصغير، وإن كان القتل عمدًا إن كان شريك الكبير أبًا، كان له أن يستوفي القصاص بالإجماع؛ لأن للأب ولاية استيفاء القصاص على أولاده الصغار، وإن لم يكن للأب فيه شركة، فإذا كان فيه شركة فالأب أولى.

وإن كان الشريك الكبير أجنبيًا، بأن قتل عبدًا هو مشترك بين أجنبيين أحدهما صغير، والآخر كبير، ليس له أن يستوفي القصاص بالإجماع، وإن كان الشريك الكبير أخًا أو عمًا، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: له أن يستوفي القصاص قبل بلوغ الصغير، وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير إلا أن يكون للصغير أب، فيستوفي الأب نصيب الصغير مع الكبير، وعلى هذا الاختلاف إذا كان شريك الكبير معتوهًا أو مجنونًا والكبير أخو المعتوه أو عمه.

وإن أراد السلطان أن يستوفي حصة الصغير مع الكبير، لا شك أن على قول أبي حنيفة له ذلك؛ لأن على قوله الكبير يملك استيفاء حصة الصغير بنفسه، فالسلطان أولى. وأما على قولهما: ليس له ذلك؛ لأن ولاية السلطان على الصغير إذا كان له أخ أو عم ولاية ناقصة، ألا ترى أنه لا يملك التصرف في نفسه في هذه الحالة، وإن كان يملك التصرف في نفسه، والقصاص واجب للصغير في النفس لا يستوفى بالولاية الناقصة كما في الوصي، حتى إنه إذا لم يكن للصغير أخ أو عم كان للسلطان أن يستوفي؛ لأن ولاية السلطان في هذه الحالة متكاملة.

وأجمعوا على أن القصاص إذا كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء، والعبد المشترك بين صغير وكبير إذا قتل عمدًا حتى وجب القصاص، فأراد الكبير أن يستوفي القصاص، بعض مشايخنا قالوا: إنه على الخلاف، وبعضهم قالوا: يستوفيه الكبير بالإجماع، ورأيت في نسخة أن الكبير لا يملك الاستيفاء بالإجماع.

وأما القاضي هل يملك استيفاء القصاص للصغير، ذكر كثير من مشايخنا المتأخرين في شروحهم: أن القاضي كالأب في هذا الباب، واستدلوا في ذلك بفصل

الفصل الثامن
في الجنايات على نفس الرقيق وأطرافهم

١٩٢١٧ - ويقتل الحر بالعبد والعبد بالحر، والعبد بالعبد؛ لأن العبد فيما يرجع إلى الدم يبقى على أصل الحرية، ولا يقطع طرف العبد بطرف الحر، ولا طرف الحر بطرف العبد؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، هذا هو حكم العمد. وأما حكم الخطأ فإن كانت قيمة المجني عليه أقل من عشرة آلاف درهم، فإنه يجب قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم فصاعداً، يجب عشرة آلاف درهم إلا عشرة، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف: يجب قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت أكثر من عشرة آلاف درهم، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله.

هذا هو حكم العبد وفي الأمة إن كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف درهم يجب قيمتها بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمتها خمسة آلاف درهم فصاعداً يجب خمسة آلاف درهم إلا عشرة عند أبي حنيفة ومحمد، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة دراهم، والصحيح ما ذكرنا، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجب قيمتها بالغة ما بلغت، وهو أحد قولي الشافعي.

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم، روي عن ابن مسعود رضي الله عنه مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وروي عن علي رضي الله عنه مثل قول أبي يوسف رحمه الله؛ والمسألة بناء على أصل آخر أن الواجب في هذه الصورة ضمان النفس، أو ضمان المال، فوقع عند أبي يوسف رحمه الله: أن الواجب ضمان المال، وضمان المال يجب بالغاً ما بلغ، وعندهما الواجب ضمان النفس، وضمان نفس من هو أعلى حالاً منه، وهو الحر لا يزاد على عشرة آلاف درهم، فضمان نفس من هو أدنى حالاً منه وهو العبد أولى.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إنه اجتمع في العبد الدم والمال، والعمل بالأمرين في حق المقدار متعذر؛ لأن اعتبار معنى الدم يمنع الزيادة على عشرة آلاف

قوّمه، واعتبر معنى الجناية يوجبها، فلابد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر، فنقول:
اعتبار معنى المالية أولى لوجهين: أحدهما: أن ضمان الدم لا يعرف إلا توقيفًا، وقد ورد
الشرع بتقدير ضمان الدم في حق الأحرار، فتعذر إيجاب تقديره للعبد، فأوجبنا ضمان
المالية. والثاني: أنا إن اعتبرنا المالية، فقد اعتبرنا المماثلة، فيكون إيجابًا على وفق الأصول،
ومتى اعتبرنا الدم، فقد أسقطنا اعتبار المماثلة، فيكون إيجابًا على مخالفة الأصول،
وأبو حنيفة ومحمد قالا: اعتبار الدم أولى؛ لأنه أصل والمال كالتبع، ألا ترى أنه يبقى
الدم بعد زوال المالية بالعتق، ولا تبقى المالية بعد زوال الدم، ولا شك أن اعتبار الأصل
أولى من اعتبار التبع عند تعذر اعتبارهما، وإذا ثبت أن الواجب ضمان الدم، فالتقريب
ما ذكرنا.

وهذا المقدار من الواجب يكون على العاقلة مؤجلًا إلى ثلاث سنين، وعند أبي
يوسف رحمه الله: يجب في مال الجاني بناء على ما قلنا: إن الواجب عند أبي يوسف
ضمان المال، وضمان المال لا يتحمله العاقلة، وعندهما: الواجب ضمان الدم، فيكون
على العاقلة.

١٩٢٢٨ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: عبد بين رجلين قتله
رجل عمدًا، وأقام أحد المولَيين بيّنة أن هذا قتل العبد عمدًا يقضى للحاضر بنصف الدم،
فإذا حضر الغائب أمر بأن يعيد البينة؛ لأن هذا ليس من قبيل شيء يورثانه، ولا يشبه هذا
في قول محمد رحمه الله إذا أقام أحد الابنين البينة على القاتل، والآخر غائب، ثم
حضر، وكذلك في قتل العبد خطأ يكلف الآخر إذا حضر إعادة البينة.

١٩٢٢٩ - هذا هو الكلام في بدل نفسه، جئنا إلى بدل أطرافه. ذكر القدوري في
شرحه: أن كل شيء من الحر فيه الدية، ففي المملوك فيه القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله،
وكل شيء من الحر فيه نصف الدية، ففي المملوك فيه نصف القيمة، إلا أنه مقدرة
منصوصة؛ وذلك كالعين واليد، فأما ما يقصد به الزينة نحو الأذن والحاجبين، وما أشبه
ذلك، فكذلك الجواب فيه في رواية الأصول، وفي رواية أخرى لا يعتبر ذلك، ويلزمه
النقصان.

١٩٢٣٠ - وقال محمد: ضمان الجناية على أطراف العبد لا يتقدر، ولكن يقوّم

مجنيًا عليه ، وغير مجني عليه ، فيغرم فضل ما بين القيمتين .

وعن أبي يوسف روايتان . في رواية : مثل ما قاله أبو حنيفة ، وفي رواية : مثل ما قاله محمد ، هذا جملة ما ذكره القدوري .

١٩٢٢١ - في " نوادر ابن رستم " عن محمد : رجل قطع يد عبد ، فعليه ما نقصه لا أبلغ به نصف دية الحر .

١٩٢٢٢ - وفي " النوازل " : إذا حلق رأس عبد ، فلم ينبت ، قال أبو حنيفة رحمه الله : إن شاء المولى ، دفعه إليه ، وأخذ قيمته ، وإن شاء ترك ، قال محمد : لا أحفظ عنه في اللحية شيئًا ، هكذا ذكر في " النوازل " .

١٩٢٢٣ - وفي " العيون " عن أبي حنيفة رحمه الله : أن من قطع أذن عبد ، أو أنفه ، أو حلق لحيته ، فلم ينبت ، فعليه للمولى قيمته بالغة ما بلغت ، وإن دفع إليه العبد .

١٩٢٢٤ - قال هشام : سألت محمد عن أشعار عين المملوك إذا نتفها إنسان ، فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله قال : في أشعار عين المملوك وحاجبيه وفي أذنيه ما نقصه وهو قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا ، قال : ولا أحفظ في اللحية عن أبي حنيفة رحمه الله ، ولكن أحفظ عنه في شعر الرأس أن مولاه إن شاء دفعه وأخذ قيمته ، وإن شاء لم يدفع ، وأخذ من الجاني ما نقصه .

وفي " الأصل " : أن في شعر العبد ولحيته حكومة عدل ، وكأنه قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر ، كما ذكره القدوري .

وعن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : في أذن العبد وأنفه ولحيته إذا لم ينبت نقصان القيمة كما قال محمد رحمه الله على ما ذكره القدوري ، وفي المختلفات عن أبي يوسف ومحمد في هذه الصورة نقصان القيمة ، وهكذا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في " المجرد " ، وعليه الفتوى .

وفي " العيون " : قال محمد : إذا فقأ الرجل عيني عبد ، فمات من غير الفقء ، فلا شيء على الفاقئ ، ولو لم يمت ، بل قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان في قول أبي حنيفة ، وقال محمد رحمه الله : يضمن النقصان في الوجهين ، قيل لمحمد : من أين فرق أبو

حنيفة رحمه الله بين الموت والقتل؟ فقال: لا أدري

وذكر فيه أيضاً بعد هذا عن أبي حنيفة، إذا فقأ رجل عيني عبد، ثم قطع آخر يده، فعلى الفاقئ ما نقصه، وعلى القاطع نصف قيمته مفقوءة العينين.

وروى أبو يوسف رحمه الله: أن هذا استحسان على قول أبي حنيفة رحمه الله، والقياس أن لا يكون عليه شيء في قوله؛ لأن مفقوءة العينين لا يقابلها شيء عنده، وهي مسألة جناية العمياء.

١٩٢٢٥ - وفي «فتاوى سمرقند»: أن رجلين قطعا يدي عبد معاً أحدهما اليمنى والآخر اليسرى، فعلى كل واحد منهما نصف قيمة العبد، وهو على شرف القطع، وهذه المسألة حجة في مسألة أخرى أن من رمى إلى عبد سهماً، فقتله آخر قبل أن يصيبه السهم، فعلى القاتل قيمة العبد مرمياً لم تقع به الرمية، وفي «المنتقى» عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل قطع اليد اليمنى من عبد رجل، وقطع رجل آخر اليد اليسرى منه، ومات منهما، فعلى القاطع الأول نصف القيمة، وعلى الثاني ما نقصه، وما بقي فهو عليهما نصفان، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: عليهما نقصان قطع اليدين والنفس عليهما نصفان.

١٩٢٢٦ - وفي جنايات «الجامع»: رجل شج عبد رجل موضحة، فعلى الشاج نصف عشر قيمته في ظاهر الرواية؛ لأن الجناية على الرقيق فيما دون النفس إذا كان لها أرش مقدر يعتبر بالجناية على الحر في ظاهر الرواية، ومن شج حراً موضحة يجب نصف عشر ديته، فهنا يجب نصف عشر قيمته، وكتب ثمة روي عن أصحابنا في «النوادر»: أنه يجب النقصان كما في البهائم، فإذا ما يقال: إن الجناية على أطراف الرقيق يسلك بها مسلك الأموال مطلقاً من غير تفصيل يستقيم على رواية «النوادر»، أما على ظاهر الرواية لا يستقيم

وينبغي أن يفصل على ظاهر الرواية بينما لها أرش مقدر، وبينهما ليس لها أرش مقدر، وإذا فقأ الرجل عيني عبد وقطع يده وقيمته أكثر من عشرة آلاف درهم، قال أبو حنيفة رحمه الله: عليه خمسة آلاف درهم إلا حبة.

هكذا ذكر المسألة في «العيون» وهو قول محمد رحمه الله في كتب الوكالة، وهذا

وقال زفر ومحمد: لا قصاص، وعلى القاتل القيمة.

١٩٢٢٩ - وفي "فتاوى الفضلي" : العبد الموصى به إذا قتل قبل أن يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص، لا للوارث، ولا للموصى له إن اتفقا أنه مات الموصي أولا، ثم قتل العبد قبل قبول الموصى له؛ لأنه لم يدخل في ملك الورثة ولا في ملك الموصى له، ثم بعد ذلك ينظر، إن قبل الموصى له الوصية، رجع على القاتل بقيمته، وإن رد رجع على الورثة بذلك.

١٩٢٣٠ - والموصى برقبته لرجل، وبخدمته لآخر إذا قتل عمدًا، فلا قصاص فيه إلا أن يجتمعا، وإنما شرط رضا صاحب الخدمة؛ لأنه يتضرر بالاستيفاء، ويكون المستوفي عند الاجتماع صاحب الرقبة،؛ لأن القصاص إنما يجب بقتل النفس دون إتلاف المنفعة، وإن لم يرض صاحب الخدمة بالقصاص فإنه تجب القيمة على القاتل، ويشترى بها عبداً آخر ويكون حاله مثل حال الأول.

في القدوري: وقال أبو يوسف: المشهور إذا قتل قبل قبض المرأة، وبدل الخلع إذا قتل قبل قبض الزوج، وبدل الصلح عن دم عمد إذا قتل قبل القبض، كان ذلك كله بمنزلة البيع قبل القبض.

١٩٢٣١ - وفي "فتاوى الفضلي": العبد المغصوب إذا قتل في يد الغاصب عمدًا، فإن شاء القاتل، اقتص من المالك، وإن شاء، ضمن الغاصب قيمة عبده، ثم يرجع الغاصب على القاتل بما ضمن، وليس للغاصب أن يقتله، إذا لم يظهر أنه قتل علوك الغاصب؛ لأن الملك لا يستند في الهالك، أو إن كان يستند، فلا يخلو عن شبهة.

١٩٢٣٢ - ولو أعتق المولى عبدًا، قطع أجنبي يده عمدًا، ثم مات العبد من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص على القاتل في الاستحسان، وعليه أرش اليد للمولى، وإن لم يكن له وارث غير المولى، اقتص منه عندهما.

وقال محمد رحمه الله: على القاطع أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل.

١٩٢٣٣ - ولو رمى عبدًا، فأعتقه المولى، ثم وقع عليه السهم، فعليه قيمته للمولى في قول أبي حنيفة رحمه الله.

أرش جراحته من قيمته صحيحًا، وعلى الجارح الثاني أرش جراحته مجروحًا بالجراحة الأولى، وما بقي من قيمته، فعليهما نصفان، وإن برئ منهما، والجراحة الأخرى تستغرق القيمة، والأولى لا تستغرقها، فعلى الأول أرش جراحته، وعلى الثاني قيمته مجروحًا بالجرح الأول، ويدفع إليه بقية العبد.

ولو كانت الجراحة الأولى هي التي تستغرق القيمة، فعلى الجارح الثاني أرش جراحته، وعلى الأول أرش جراحته؛ لأنه لا يدفع إليه، وقد وجدت فيه ما وجدت -والله أعلم-.

١٩٢٣٨- وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل حمل على عبد رجل مختومًا، ورجل آخر حمل عليه مختومين، وكل ذلك كان بغير إذن المولى، فمات من ذلك كله، فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

١٩٢٣٩- وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: رجل قتل رجلًا، فجاء رجل، وادعى أنه عبده، وأقام البينة، فشهدوا أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضيت لوارثه بالقصاص في العمد، وبالدية في الخطأ، وإن لم يكن له وارث قضيت لهذا بقيمته في الخطأ والعمد؛ لأنه يقول في الخطأ: القيمة، وفي العمد يقول: هو عبدي، وشهد الشهود أنه حر، فدخلت شبهة.

الفصل التاسع
في جنايات الرقيق

١٩٢٤٠ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا جنى العبد على آدمي جناية موجبة للمال، فإن مولاه بالخيار إن شاء دفعه بها، وإن شاء فداه بالأرش، وهذا مذهبنا. والأصل أن عندنا أن موجب جناية العبد على الآدمي إذا كانت جناية موجبة للمال لا يجب في ذمة العبد، وإنما يجب على المولى، فيتخير بين الدفع والفداء بالأرش، إلا أن الموجب الأصلي دفع العبد، وله أن يتخلص من ذلك بالفداء، ولهذا قالوا: إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى، ولو كان الموجب أحد الشيئين والخيار إليه لكان إذا هلك العبد قبل الاختيار تعين الأرش، فدل أن الموجب الأصلي الدفع، وله التخلص باختيار الفداء، وأي ذلك ما اختار فإنه يكون حالاً، ولا يكون مؤجلاً، أما إذا اختار دفع العبد فلأن العبد عين، والعين لا يقبل الأجل، وأما إذا اختار دفع الأرش فلأنه صار فداء وبدلاً عن العبد، والبدل قائم مقام المبدل، ثم المبدل يجب حالاً، فكذا ما قام مقامه.

وفرق بين الجناية على الآدمي وبين الجناية على المال، ففي جناية العبد على الآدمي خير المولى بين الدفع والفداء، وفي جنايته على مال الغير خير بين الدفع والبيع، ولا يقضى بشيء حتى يبرأ المجني عليه؛ لأن العبد في حق الجناية بمنزلة الحر، والحر لو جنى جناية، فإنه يتأنى في ذلك، لا يقضى عليه بشيء ما لم يبرأ المجني عليه، وخطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء، يوجب المال في الحالين؛ لأن القصاص لا يجري بين العبيد، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس، وإذا لم يجب القصاص في العمد، ولا وجه إلى الإهدار أوجبنا المال. وإن جنى العبد على جماعة جناية خطأ يخير المولى إن شاء دفعه إليهم؛ لأن الحقوق متعلقة بعين العبد، ويقسم بينهم على قدر ما لكل واحد منهم من أرش الجناية؛ لأن المستحق بها يستحق ذلك عوضاً عما فات عليه، فيقسم على قدر العوض، وإن شاء فدى العبد بغرم أرش الجنايات كما لو جنى على

واحد، وللمولى أن يختار الفداء لبعضهم، ويدفع إلى بعضهم، بخلاف ما إذا قتل العبد رجلاً واحداً وله وليان، فاختار المولى الفداء لأحدهما عن حصته، ودفع إلى الآخر حيث لا يكون له ذلك؛ لأن المقتول إذا كان واحداً، فالحق واحد؛ لأن الحق يجب للمقتول أولاً، ثم يصير الوارث بطريق الخلافة، فلا يملك التفريق في الموجب، فأما إذا جنى على جماعة فالواجب حقوق متفرقة لا تعلق للبعض بالبعض فيجوز أن يملك التفريق في الموجب.

ولو مات العبد بعدما اختار المولى الفداء، فالفداء على المولى على حاله، بخلاف ما إذا قتل قبل اختيار الفداء.

١٩٢٤١- في «المنتقى»: عبد قتل رجلاً خطأ، فقال المولى: أنا أدفع نصفه، وأفدي نصفه، فهذا اختيار منه للفداء، وعليه الدية كاملة، ولو أعتق المولى العبد الجاني مع علمه بجنايته يصير مختاراً للفداء.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن المولى متى أحدث في العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع، وهو عالم بالجناية يصير مختاراً، وإذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً، وإن كان عالماً بالجناية؛ لأن في الوجه الأول اختار إمساك العبد، فيتعين دفع الفداء، ولأن المخير بين شيئين في الإزالة إذا اختار إمساك أحدهما يلزمه إزالة الآخر عن ملكه كمن أعتق أحد عبديه ثم باع أحدهما فإنه يتعين الآخر للعتق، وفي الوجه الثاني ما اختار إمساك العبد لأن الدفع بعدما باشر من التصرف ممكن فبقي على الخيار.

وإذا ثبت هذا الأصل، فنقول: الإعتاق تصرف يعجزه عن الدفع؛ لأن إعتاقه نافذ؛ لأن تعلق حق الغير بالعبد لا يمنع نفاذ العتق فيه، وبعد نفاذ العتق لا يمكنه الدفع، فإذا أعتق مع العلم بالجناية، فقد اختار إمساك العبد، فيتعين الفداء، وكذلك لو دبّره، أو كاتبه، أو باعه؛ لأن هذه التصرفات نافذة منه، ومع نفاذها لا يمكن الدفع، ولو عرضه على البيع مع العلم بالجناية لا يكون اختياراً للفداء؛ لأن الدفع بعد العرض ممكن.

ولو كانت أمة فوطئها، فهذا ليس باختيار للفداء عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

وقال زفر رحمه الله: يصير مختاراً للفداء؛ لأن بالوطء أعجز نفسه عن رد

وإن لم يقبضه ، فليس بمختار .

وفيه أيضًا : عبد قتل حرًا خطأً ، ثم قتله رجل خطأً ، فأخذ المولى قيمته من قاتله لم يكن مختارًا ، ويضمن مثلها لولي قتيل العبد ، ولو قتل العبد القاتل عمدًا ودفع به ، فأعتقه المولى ، أو باعه كان مختارًا لدية الحر .

وفيه أيضًا : عبد قتل رجلًا خطأً ، فباعه المولى وهو لا يعلم بجنايته ، ثم اشتراه ، ثم باعه وهو يعلم بالجناية ، فعليه القيمة بالبيع الأول ، ولم يبق عليه في البيع الثاني شيء ، ولو كان رد عليه بعيب بقضاء ، ثم باعه وهو يعلم ، فقد اختاره ، وعليه الدية .

وكذلك إن كاتبه وهو لا يعلم ، ثم عجز ، فباعه وهو لا يعلم ، فعليه الدية ، وكذلك لو وهبه ، وهو لا يعلم ، فقبضه الموهوب له ، ثم رجع في الهبة ، ثم باعه وهو يعلم .

وفي نوادر ابن سماعة : إذا أعتقه المولى بإذن ولي الجناية ، فهو اختيار للفداء[1] وعليه الدية .

وفي الإملاء عن محمد رحمه الله : أن إجازة بيع العبد بعد جنايته في يده ليس باختيار للفداء في قول أبي يوسف رحمه الله ، ومحمد رحمه الله ، ويقال للمشتري : ادفعه أو افده .

وفيه[2] : عبد بين رجلين جنى جناية فشهد أحد المولَيين على صاحبه أنه أعتقه لم تجز شهادته عليه ، وهو مانع حين شهد بهذا فعليه نصف الدية وعلى الآخر نصف القيمة .

وفيه : رجل ورث عبدًا ، أو اشتراه ، فجنى جناية ، وزعم المولى بعد جنايته أن الذي باعه إياه كان أعتقه قبل البيع ، أو أن أباه كان أعتقه ، فإنه مانع مختار للفداء في هذا القول .

وفيه : عبد جنى جناية ، واستهلك مال إنسان ، فخاصم رب المال مولى العبد ،

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في غيرها : للعتق مكان للفداء .

(٢) وفي ف : وفيه أيضًا .

وأقام البينة على العبد بذلك، فأمر الحاكم ببيع العبد، وهو لا يعلم بالجناية، فقد بطلت الجناية؛ لأن بيع الحاكم جائز.

٢٩٢٤٣ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا قال لعبده: إن قتلت فلاناً أو رميته، أو شججته، أو ضربته، فأنت حر، ففعل العبد ذلك، فهو حر، ويصير مختاراً للفداء عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأنه أعتق العبد الجاني بعد الجناية مع العلم بالجناية؛ لأنه علق العتق بجناية العبد، فيصير معتقاً له بعد الجناية.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: هذا إذا علق العتق بضرب يوجب المال حتى يكون المولى مخيراً بين الدفع والفداء، فأما إذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بأن قال: إن ضربت فلاناً بالسيف، فأنت حر، فإنه لا يلزم المولى شيء، لا القيمة ولا الفداء؛ لأن المولى وإن صار معتقاً بعد الجناية وهو عالم بها، إلا أنه إنما أعتقه بعد الجناية وهو عالم بها، والجناية موجبة للقصاص لا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا فداء فيه حتى كانت الجناية موجبة للقصاص، ولا تضمن قيمته لولي الجناية؛ لأنه لم يستهلك على الولي(١) شيئاً؛ لأن حق الولي في الدم، والدم باقٍ بعد العتق، بخلاف ما إذا علق العتق بضرب يوجب المال.

ثم إن محمداً رحمه الله ذكر في «الجامع الصغير» الشجة ولم يذكر الموت، وذكر في ديات «الأصل» الشجة والضرب والموت.

والفرق بينهما أن نفس الشجة والضرب جناية، فيكون مختاراً للفداء إن مات، وللأرش إن لم يمت.

وذكر في «الجامع الصغير» الرمي، ولم يذكر الرمي في ديات «الأصل»، ولولا رواية «الجامع الصغير» لكان لقائل أن يقول: بأن في الرمي لا يصير مختاراً للفداء؛ لأن الرمي نفسه ليس بجناية؛ لأنه قد لا يصيب، فلم يضف العتق إلى حالة الجناية، فينبغي أن لا يصير مختاراً للفداء. ولكن الوجه في ذلك أن المراد من الرمي المذكور في الكتاب الرمي مع الإصابة، فإن قال: رميت فلاناً، يراد به ذكر الرمي مع الإصابة، وفي الرمي بلا إصابة يقال: رمى إليه، فقد... والرمي مع الإصابة نفسه جناية، فكان مضيف العتق

(١) هكذا في «ب» و«م»، وكان في الأصل: «المولى».

إلى ما هو جناية.

١٩٢٤٤ - وفي المنتقى: عبد قتل رجلاً عمداً، ثم أعتقه مولاه، ثم عفا أحد ولي الدم، فإن العبد يسعى في نصف قيمته للذي لم يعف، ولا شيء على المولى، قتل العبد المرهون رجلاً خطأً، وقيمته مثل الدين، فللمرتهن أن يفدي، وليس له أن يدفع، فإن قال: لا أفدي كان للمرتهن أن يدفع بالجناية، وإن أعتقه صار مختاراً للفداء.

١٩٢٤٥ - وفيه أيضاً: عبد قتل قتيلاً، وقامت عليه البينة بذلك، ثم أقر المولى أنه قتل قتيلاً آخر، فإنه يؤمر بدفعه إليهما نصفين[١]، ثم يضمن نصف قيمته لصاحب البينة، ولو كان على العبد دين، ثم أقر المولى عليه بدين لم يصدقه، إذا كان الدين الأول محيطاً بقيمته[٢]، ألا ترى أنه ليس للمولى أن يبيعه إذا كان عليه دين، وله أن يبيعه إذا كان عليه جناية، فلهذا يجوز إقراره عليه إذا كان عليه جناية.

١٩٢٤٦ - وفيه أيضاً: روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله[٣]: رجل أقر أن عبده قتل رجلاً خطأً، ثم أقر عليه أيضاً بقتل رجل آخر خطأً قال: يقال للمولى: ادفع عبدك إلى الأول خاصة، أو افده، فإن دفعه، فلا شيء للآخر، وإن فداه من الأول قيل له: ادفع إلى الآخر نصيبه، أو افده بنصف الدية.

وروى ابن سماعة عنه: أنه يقال للمولى: ادفعه إليهما نصفين، فإن دفع غرم للأول نصف قيمته، وإن قال: أنا أفديه من الآخر دفع كله إلى الأول، وإن قال: أفديه من الأول دفع نصفه إلى الآخر، وهو قول زفر رحمه الله.

وذكر عباس عن وليد: أنه إذا دفع نصفه إلى الثاني، فهو مختار للفدية من الأول؛ لأنه أتلفه بإقراره.

١٩٢٤٧ - وإذا جنى العبد جناية، ثم أذن له المولى في التجارة، فلحقه دين، ثم دفعه بالجناية، فإن الدائن يبيعه، فإذا بيع لهم رجع أولياء الجناية على المولى بقيمة العبد.

وكذلك لو أقر عليه بدين، ثم دفعه بجنايته بيع في دينه، ورجع أولياء الجناية

(١) هكذا في ط وم، وكان في الأصل وب "نصفان".

(٢) هكذا في ط وب، وكان في الأصل وم "برقبته".

(٣) هكذا في ط وم، وكان في الأصل وب "أبي حنيفة".

المولى، إن شاء دفع وإن شاء فدى، ولا سبيل له على الولد (١).

١٩٢٥٢ – في «العيون»: وفي نوادر أبي سليمان عن أبي يوسف رحمه الله: إذا أعتق الرجل ما في بطن جاريته، ثم جنت جناية، فدفعها بالجناية جاز.

١٩٢٥٣ – وفي «العيون» أيضاً: باع جارية، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، فجنى الولد، ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية، فعليه الدية لأصحاب الجناية في قول أبي يوسف رحمه الله.

وقال زفر رحمه الله: عليه القيمة دون الدية، والفتوى على قول أبي يوسف؛ لأن دعوى النسب إعتاق، وبالإعتاق يلزمه الدية.

١٩٢٥٤ – وفيه أيضاً: جارية بين رجلين ولدت، فجنى ولدها، فادعاه أحدهما، وهو عالم بالجناية، قال أبو يوسف رحمه الله: عليه الدية، وإن لم يعلم، فعليه القيمة.

وقال زفر رحمه الله: إذا علم، فعليه نصف الدية، وإذا لم يعلم، فعليه نصف القيمة، فيصح قول زفر رحمه الله؛ لأن وقت الجناية كان بينهما، ولأبي يوسف رحمه الله: أن بدعوى النسب يملك على صاحبه نصيبه من وقت العلوق، فكأنه جنى؛ ولا حق فيه لغير المدعي.

١٩٢٥٥ – وفيه أيضاً: إذا قال لعبديه: أحدكما حر، ثم جنى أحدهما، ثم صرف المولى العتق إليه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن علم بالجناية فعليه الدية، وقال زفر رحمه الله: عليه القيمة، لزفر رحمه الله: أن هذا ليس بإعتاق مبتدأ، ولأبي يوسف رحمه الله: أن العتق فيه على التعيين ثبت في الحال، فكأنه أعتقه الآن، وبه يفتى.

١٩٢٥٦ – وفيه أيضاً: عبد جنى، فأوصى المولى بعتقه في مرضه، فأعتقه الوارث أو الوصي، فإن كان الموصي عالماً بالجناية، فعليه الدية فيؤدي من جميع المال، والزيادة من الثلث، وإن لم يكن عالماً بها تجب القيمة في مال الميت في قول زفر رحمه الله. ولم يذكر أن الذي أعتق، هل يضمن؟ وماذا يضمن؟

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن علم الذي أعتقه بالجناية، فعليه الدية، قال الفقيه

---

(١) وكذا في ط، على الأصل.

أبو الليث : ينبغي أن يكون هذا قول أبي يوسف الأول ، أما على قياس قوله الآخر : ينبغي أن يكون قوله مثل قول زفر رحمه الله كما قال في آخر كتاب البيوع : لو اشترى عبداً ، فلم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه ، فأعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل في قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ، وهو قول محمد رحمه الله ، وهكذا روى عن أبي حنيفة .

هذا إذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى ، أما إذا أوصى بالعتق قبل الجناية ، ثم جنى بعد موت الموصي ، فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية ، فالولي ضامن للجناية ، وإن لم يعلم ، فهو ضامن للقيمة ، ولا يرجع على الورثة ؛ لأن الميت أوصى بعتقه قبل أن يجني ، ذكر هذا التفريع في جنايات " النوازل " : إذا وكل رجلا أن يعتق عبده ، ثم إن العبد جنى جناية ، ثم أعتقه الوكيل ، وهو يعلم بالجناية ، فالولي ضامن لقيمة العبد إن لم يكن عالمًا بالجناية .

١٩٢٥٧ - في " المنتقى " وفي " نوادر ابن سماعة " عن محمد رحمه الله : إذا أوصى بعتق عبده ، ثم مات ، وقد كان أوصى إلى رجل ، فجنى العبد جناية بعد موت الموصي ، ثم أعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية هو مختار الدية في ماله ، وإن لم يعلم ، فعليه القيمة ، في " المنتقى " في باب ما يكون مختاراً عن أبي يوسف رحمه الله : أن الوصي لا يصير مختاراً ، ويسعى العبد في الأقل لولي الجناية ، وذكر في آخر الباب مسألة الوصي والوارث قول أبي يوسف رحمه الله ، وذكر أنه إذا أعتق العبد مع العلم بالجناية ، فعليه الدية ، وإن أعتقه وهو لا يعلم بالجناية ، فالقيمة دين في مال الميت .

١٩٢٥٨ - وفي " العيون " : إذا أوصى بعتق عبد له ، فجنى العبد جناية أرشها درهم ، فقال الورثة بعد موت الموصي : لا نفديه ، فلهم ذلك ؛ لأن حكم جنايات العبد تخيير المالك من غير فصل بين جناية وجناية ، وإذا ثبت الخيار ، فقضيته أن لا يلزمهم الفداء ، فإذا تركوا الفداء ، يدفع بالجناية ، وتبطل الوصية ، إلا أن يؤدي العبد من غير ما اكتسبه ، بأن يقول لإنسان : أودعني درهمًا ، فيفعل فيصح ، ويصير ذلك الدرهم دينًا على العبد يطالب إذا أعتق ، والله أعلم بالصواب .

الفصل العاشر

في جناية المكاتب والمدبر وأم الولد ، والجناية عليهم ، وما يتصل بذلك وفيه بعض جنايات العبيد والعفو في ذلك

١٩٢٥٩ - فنبدأ بجناية المدبر ، فنقول : المدبر إذا جنى جناية موجبة للمال ، فعلى المولى الأقل من قيمته ومن الأرش ، به ورد الأثر عن أبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل ؛ ولأن المدبر ملك المولى رقبته ومنفعة ، فيكون موجب جنايته على المولى ، كما في القن إلا أن في القن يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء ، والمدبر ليس محل للدفع ، فلا يخاطب بالدفع ، ولكن يلزمه الأقل من قيمته ومن الأرش والمعنى في ذلك أن موجب جناية المملوك رقبة إلا أن المولى بالتدبير السابق صار مانعًا دفع الرقبة بالجناية على وجه لم يصر مختارًا للفداء ؛ فإنه ما كان يعلم وقت التدبير أن العبد يجني في المستقبل أو لا يجني ، ولو منع دفعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصر مختارًا للفداء بأن لم يعلم بالجناية صار ضامنًا ، فكذلك هنا .

ثم يضمن الأقل من قيمته ومن الأرش أما إذا كان الأرش أقل فلأن المدبر لا يكون أعلى حالاً من الحر ، والحر لو كان هو الجاني لا يجب عليه أكثر من أرش الجناية ، فههنا أولى .

وإن كانت القيمة أقل ، فلأنه لو كان محل الدفع كان يتخلص المولى بدفع العبد ، وإن كان الأرش أكثر من قيمة العبد ، فإذا لم يكن محل الدفع ، ينبغي أن يتخلص بقيمة الرقبة ، وإن كان الأرش أكثر من القيمة اعتبارًا للبدل بالبدل ، وتعتبر قيمة المدبر يوم الجناية لا يوم التدبير ؛ لأن وجوب القيمة على المولى باعتبار أنه صار مانعًا رقبة العبد بالتدبير السابق على وجه لم يصر مختارًا للفداء ، وإنما يصير مانعًا بالتدبير السابق إياه يوم الجناية لا يوم التدبير ، إذ لا حق لولي الجناية يوم التدبير ، فصار بالتدبير السابق مانعًا إياها يوم الجناية ؛ فتعتبر القيمة يوم الجناية لهذا .

فإن اختلف ولي الجناية مع المولى في قيمته بعد زمان، فقال ولي الجناية : كانت قيمته يوم جنى ألف درهم، وقال المولى : كانت خمسمائة درهم، ويوم الخصومة قيمته ألف درهم كان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول : يتحالفان، وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا جميعًا، كان على المولى قيمته يوم يختصمان، ثم رجع وقال : القول قول المولى مع يمينه، وهو قول محمد رحمه الله. والاختلاف في التحالف بناء على اختلافهم في إمكان تحكيم القيمة للحال، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله الأول : إنهما اختلفا في قيمة مال قائم يوم الخصومة ويجب أن لا يلتفت إلى قول واحد منهما، وينظر إلى قيمة ما وقع النزاع فيه للحال، لأنه أمكن للقاضي معرفة ما وقع النزاع فيه لا من جهتهما، إذ الحال يدل على الماضي، وله أمثلة كثيرة في الكتب.

وجه قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله : إن جناية المدبر توجب قيمته في ذمة المولى يوم الجناية، ولا يتعلق برقبة المدبر بحال من الأحوال؛ لأنه ما يؤمر بالدفع، وإذ لم يتعلق برقبته بحال سقط اعتبار العين، وصار العين كالهالك معنى، ولو كان هالكًا حقيقة، واختلفا في قيمة الهالك كان القول قول من ينكر الزيادة، كذا هذا، ولا يمكن تحكيم القيمة للحال، لأن الحال لا يشهد لواحد منهما؛ لأن موضوع المسألة أن المولى يدعي قيمته يوم الجناية خمسمائة، وولي الجناية يدعي أن قيمته يوم الجناية كانت ألفي درهم، وقيمته للحال ألف درهم، فقد اتفقا على تغيير القيمة، فلم يكن الحال شاهد الواحد منهما، وإنما يحكم الحال إذا كان الحال شاهدًا لواحد منهما - والله أعلم -.

١٩٢٦٠ - قال محمد رحمه الله في "الجامع" : مدبر قتل رجلا خطأ فدفع المولى قيمته إلى ولي القتيل، ثم قتل المدبر رجلا آخر خطأ، فاعلم أن جنايات المدبر وإن كثرت لا يوجب على المولى إلا قيمة واحدة [هذا][1]؛ لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة، فلا يجب عليه إلا قيمة واحدة بعد، هذا على قول أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله الدفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء، سواء في أنه لا سبيل لولي الجناية الثانية على المولى، ولكن الثاني يتبع الأول، ويشاركه في تلك القيمة؛ لأن المولى حين دفع القيمة إلى الأول كانت القيمة كلها حق الأول، إذ لم يجن المدبر على غيره، وإذا كانت القيمة كلها

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من "ظ" و"ف" و"م".

حق الأول عند الدفع إليه كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء سواء كما في تسليم الدار المشفوعة إلى أحد الشفيعين عند حضوره وغيبة الباقين، يستوي فيه القضاء وغير القضاء، والدليل عليه أنه لو كان المدبر قتل ودفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الأولى لا يكون لولي الجناية الثانية على المولى سبيل، ولكن يتبع ولي الجناية الأولى، ويأخذ منه نصف القيمة، بخلاف ما إذا لم يدفع المولى قيمة المدبر إلى ولي الجناية الأولى حتى جنى المدبر جناية أخرى، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الأولى، فإن لولي الجناية الثانية أن يأخذ المولى بنصف القيمة؛ لأن هناك القيمة صارت مشتركة بين الأول والثاني، فكان دفع القيمة إلى الأول كلها ليس بحق الأول، أما هنا بخلافه.

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: إن كان الدفع إلى الأول بقضاء، فكذا الجواب، وإن كان بغير قضاء، فللثاني الخيار إن شاء اتبع الأول بحصته من القيمة المدفوعة، وإن شاء أخذ ذلك من المولى، ثم المولى يأخذ من الأول ذلك القدر. وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين المدبر والقن.

والفرق أن في القن إنما كان كذلك لأن المولى دفع إلى الأول عين حقه، فإن حقه كان متعلقا بعين العبد حتى لو هلك العبد بطل حقه، وإذا صار المولى دافعا إلى الأول عين حقه، صار الدفع بقضاء أو بغير قضاء سواء، وهذا كالرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط أنه فسخ في حق الراد والمردود عليه، وفي حق غيرهما؛ لأن الرد عين حقه، فصار الرد بقضاء أو بغير قضاء سواء.

وأما هنا لم يدفع إلى الأول عين حقه، فإن عين حقه قيمته أوجبت دينا في ذمة المولى، وما أدى المولى إلى ولي الجناية عين، والعين مع الدين غيران من حيث الحقيقة. وإذا كانا غيرين صار المولى بالدفع إلى الأول ناقلا حقه من الدين إلى العين، فإن كان هذا النقل بقضاء، فالقضاء نفذ في حق الناس كافة.

وإن كان بغير قضاء، فقد صح هذا النقل في حق ما بينهما، ولم يصح في حق الثاني، فبقي حق الثاني في ذمة المولى، فإن شاء اتبع المولى، ولم يجز ما صنعه المولى، وإن شاء أجازه واتبع ولي الجناية الأولى، كما في الدين المشترك، إذا دفع أحدهما إلى

صاحبه[١] إن شاء لم يجز ذلك ، فاتبع الغريم ، وإن شاء أجاز وشاركه ، فكذا هذا .

ونظير هذا ما قالوا في الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء اعتبر فسخاً في حق ما بين الراد والمردود عليه بيعاً جديداً في حق الثالث ؛ لأن الرد ليس عين حق المشتري ، بل حقه في الجزء الفائت حتى إذا زال العيب بطل حقه في الرد ، إلا أن البائع لما عجز عن تسليم الجزء الفائت أراد المشتري أن ينقل حقه من ذلك الجزء إلى بدله بالفسخ حتى يتوفر عليه رأس ماله إن لم يتوفر عليه المبيع ، فإن كان الرد بغير قضاء صح هذا النقل في حقهما ، واعتبر فسخاً في حق ما بينهما كما قصداه ، وفي حق غيرهما اعتبر بيعاً جديداً ؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما ، وإن كان بقضاء قاضي نفذ على الناس كافة ؛ لأن للقاضي ولاية على الناس كافة كذا هذا - والله أعلم - .

١٩٢٦١ - وإذا قتل المدبر قتيلاً خطأ ، وقيمته ألف درهم ، فازدادت قيمته ، فصار يساوي ألفي درهم ، ثم قتل آخر خطأ ، فانتقصت قيمته ، فصار يساوي خمسمائة ، ثم قتل قتيلاً آخر ، فإنه يقضى على المولى بألفي درهم ، وهذا لأن المولى لا يضمن بسبب جنايات المدبر إلا قيمة واحدة ، وقيمته يوم الجناية الثانية أكثر ، فيضمن ألفي درهم ، وإذا ضمن المولى ألفي درهم ، فولي الجناية الثانية يأخذ من ذلك ألفاً ؛ لأنه لا حق في الألف الزائد لا للأول ولا للثالث ؛ لأن قيمة المدبر تعتبر يوم الجناية ، والألف الزائد لم يكن وقت الجناية الأولى والثالثة ، وللثاني فيه حق ؛ لأنها كانت موجودة وقت الجناية على الثاني ، فتكون للثاني خاصة ، بقي ألف درهم ، فخمسمائة منها اجتمع فيه حق الأول والثاني ؛ لأن قيمته وقت الجناية على الأول والثاني كانت ألفاً ، وحق الأول عشرة آلاف ، فإنه لم يصل إليه شيء ، وحق الثاني في تسعة آلاف ؛ لأنه وصل إليه ألف ، فيقسم الخمسمائة بينهما على تسعة عشر سهماً تسعة أسهم للثاني وعشرة للأول ، بقي خمسمائة أخرى اجتمع فيها حق الكل ، فيقسم بينهم على قدر حقهم ، فيضرب الثالث فيها بعشرة آلاف ، والثاني بعشرة آلاف إلا ما أخذ مرتين ، والأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ مرة .

١٩٢٦٢ - وإذا قتل المدبر قتيلاً خطأ وقيمته ألف ، فدفعها المولى بقضاء قاض ، ثم

---

(١) وكذا في ط [illegible] .

انتقصت قيمته، فصار يساوي خمسمائة درهم، ثم قتل آخر، فإن حق الأول في الألف؛ لأنه حين جنى عليه كان قيمته ألفاً، وحق الثاني في خمسمائة؛ لأنه حين جنى عليه كانت قيمته خمسمائة، فخمسمائة من الألف لا حق للآخر فيه، فيكون سالماً للأول، بقي خمسمائة اجتمع في هذه الخمسمائة حقهما، فيقسم بينهما على قدر حقهما، فيضرب الأول فيها بعشرة آلاف إلا خمسمائة، والثاني بعشرة آلاف درهم -والله أعلم-.

١٩٢٦٣- وإذا قتل المدبر قتيلاً خطأً، واستهلك مالاً، فإن على المولى قيمته لأولياء القتيل، وعلى المدبر أن يسعى فيما استهلك من المال؛ لأن ضمان الجناية يجب في ذمة المولى لا على المدبر، وضمان استهلاك المال يجب في ذمة المدبر، فإذا دفع المولى قيمته إلى أولياء الجناية، فإنه لا يشاركهم فيها غرماء المدبر؛ لأنهما حقان وجبا بسببين مختلفين في ذمتين مختلفتين، ولو وجبا بسببين في ذمة واحدة فما يأخذ أحدهما لا يكون للآخر في ذلك شركة، فإذا وجبا بسببين في ذمتين أولى.

١٩٢٦٤- وأما المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال: فموجبها عليه دون سيده بلا خلاف بين علمائنا، وإنما الخلاف في أن الواجب بنفس الجناية ما ذا؟ فعلى قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف رحمهم الله الآخر: الواجب هو الدفع، وإنما يتحول الواجب إلى المال بإحدى معان ثلاثة: إما قضاء القاضي بالمال، وإما الاصطلاح على المال، وإما وقوع اليأس عن الدفع بالعتق، أو بالموت عن وفاء، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول زفر رحمه الله: الواجب بنفس الجناية هو المال.

وثمرة الخلاف: تظهر في فصول من جملتها ما ذكر في "الجامع الصغير": أن المكاتب إذا جنى، وعجز، ورد في الرق، فإن كان قبل قضاء القاضي بالمال، وقبل اصطلاحهما على المال، فإنه يخاطب المولى بالدفع أو بالفداء، وإن كان بعد قضاء القاضي، أو بعد الاصطلاح على المال يباع فيه، ولا يدفع عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وأبي يوسف الآخر.

وفي قوله الأول وهو قول زفر رحمه الله: يباع في الحالين، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله: إن هذه جناية مملوك تعذر دفعه، فوجب أن يجب

موجبها ديناً في الذمة بنفس الجناية من غير قضاء قياساً على المدبر .

وأما وجه قوله الآخر وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : وهو أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وجناية العبد تتعلق برقبة العبد ما لم يقع اليأس عن الدفع كما في المدبر ، ولم يقع اليأس عن دفع المكاتب بنفس الكتابة بل حاله موقوف بين أن يعجز ، فيرد في الرق ، فيدفع وبين أن يموت عن وفاء، أو يعتق بالأداء فلا يدفع ، وكذا إذا رضي بالدفع ، يدفع ، ويفسخ الكتابة ، وإذا كان دفع المكاتب موهوماً غير مأيوس عنه احتيج إلى قرينة أخرى لتصير الجناية مالاً ، وذلك إما قضاء القاضي أو الإصلاح أو اليأس عن الدفع .

هذا كالعبد المغصوب إذا أبق لا تصير القيمة ديناً في ذمة الغاصب بنفس الإباق من غير قضاء ولا رضا ، وإن عجز عن الرد ؛ لأن عوده عن الإباق موهوم غير مأيوس ، فاحتيج إلى قضاء أو رضا حتى يتحول حق المغصوب عنه من العين إلى الذمة حتى لو عاد العبد من الإباق قبل القضاء كان المغصوب منه أحق به ، وبعد القضاء يتحول من العين إلى القيمة ، فكذلك هنا .

وكما قالوا فيمن اشترى عبداً شراء فاسداً وقبضه ، ثم إن المشتري كاتبه ، أو باعه من غيره ، فإن قيمة المشترى لا تصير ديناً على المشتري إلا بالقضاء ، حتى لو رد العبد عليه بالعيب أو عجز ، ورد رقيقاً كان للبائع أخذ العبد ، وإن صار المشتري عاجزاً عن رد ما اشترى للحال ؛ لأن العود إلى المشتري حتى يرده على البائع موهوم ، ولو قضى القاضي عليه بالقيمة صارت القيمة ديناً عليه ، ويحول حق البائع من العبد إلى القيمة ، حتى إذا أعاد إلى المشتري ، لا يكون للبائع على العبد سبيل ، فكذا هذا بخلاف المدبر ؛ لأنه بالتدبير وقع اليأس عن دفعه ، فكان بمنزلة ما لو مات المغصوب في يد الغاصب ، وبالموت تصير القيمة ديناً في ذمة الغاصب ، فكذلك هذا .

ثم جناية المكاتب إذا صارت مالاً تتعلق بكسبه وذلك الأقل من قيمته ومن الأرش ، أما تعلقها بكسبه ؛ لأن المكاتب مملوك رقبة ، حر يداً ، ولهذا صار أحق بمنافعه وأكسابه ، فمن حيث إنه مملوك رقبة يجب أن يكون موجب جنايته على المولى كما قبل الكتابة ، ومن حيث إنه حر يداً ، يجب أن لا يكون موجب جنايته على المولى ، ويكون

المكاتب لا تصير مالاً إلا بأحد معانٍ ثلاث.

فإذا قضى القاضي عليه بمال للأول قبل الجناية الثانية، فقد تحول الحق من رقبته إلى المال، وصار ذلك القدر من المال ديناً في ذمته، فهذا مكاتب عليه دين، وقد جنى، فتلزمه السعاية في الأقل من قيمته ومن الأرش، فأما إذا لم يقض القاضي للأول بالمال بقيت جنايته متعلقة برقبته، فإذا جنى جناية أخرى تعلقت الجناية الثانية برقبته أيضاً؛ لأنه موهوم الدفع على ما مر، فتجب السعاية في قيمة واحدة؛ لأن القيمة بدل من الرقبة، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع كان يقع الخلاص عن الكل بدفع واحد، فكذلك يقع الخلاص عن الكل بقيمة واحدة إذا لم يكن بمحل الدفع -والله أعلم-.

١٩٤٢٦- وإذا قتل المكاتب قتيلاً خطأً وقيمته ألف درهم، فلم يقض عليه بشيء حتى قتل قتيلاً آخر خطأً وقيمته يومئذ ألفان، ثم رفع إلى القاضي، فإنه يقضي على المكاتب أن يسعى في ألفي درهم، الألف الزائد من الألفين لولي القتيل الثاني، والألف الموجودة وقت الجناية الأولى يكون بين ولي القتيل الأول والثاني على قدر حقهما، أما يقضي القاضي على المكاتب بألفي درهم؛ لأنه جنى الجناية الثانية وقيمته ألفا درهم، فإذا قضى بألفي درهم، فالألف الزائد يكون لولي القتيل الثاني خاصة، وذلك لأن قيمة المكاتب إنما يعتبر يوم الجناية؛ لأن سبب وجوب الضمان على المكاتب الجناية، فتعتبر قيمته يوم الجناية وقيمة المكاتب يوم الجناية الثانية ألفان، ووقت الجناية الأولى ألف، فيتعلق حق الثاني بالألف الزائدة؛ لأنها كانت موجودة وقت الجناية على الثاني، فلم يتعلق بها حق الأول، لأنها لم تكن موجودة وقت الجناية على الأول فكانت الألف الزائدة للثاني خاصة، والألف الثابتة وقت الجناية الأولى تكون بين الأول والثاني؛ لأنها موجودة وقت الجنايتين، فتكون الألف القائمة وقت الجناية الأولى مقسومة بين مولى القتيل الأول والثاني على قدر حقهما، وحق ولي القتيل الثاني في تسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه ألف، وحق الأول في عشرة آلاف، فتقسم الألف القائمة بينهما على تسعة عشر سهماً: عشرة أسهم للأول، وتسعة أسهم للثاني، فما خرج من السعاية، يكون نصفه للثاني خاصة، والنصف الآخر بين الأول والثاني على قدر حقهما على تسعة عشر سهماً

١٩٢٦٧ - وإذا قتل المكاتب قتيلين خطأ ، فقضى عليه بنصف القيمة لأحدهما ، والآخر غائب ، ثم قتل آخر ، ثم عجز ، ورد في الرق ، فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء ؛ لأن المكاتب بعد العجز بمنزلة عبد مأذون فيما مضى ، فهذا عبد في عنقه جناية ، فيخير المولى بين الدفع والفداء ، فإن اختار الدفع ، ذكر أنه يدفع النصف إلى ولى القتيل الثالث ، ثم يباع هذا النصف بنصف القيمة التي قضى لولي القتيل الأول ، والنصف الآخر قال : يقسم بين ولي القتيل الثالث والأوسط على قدر حقهما ، وذلك لأن المكاتب لما قتل قتيلا خطأ ، فقد تعلق بعنقه دم حرين ، فصار النصف من رقبته مشغولا بجناية الأول ، والنصف مشغولا بجناية الثاني ، فإذا جاء الأول يطلب حقه يقضي له القاضي بنصف القيمة ؛ لأن المشغول بحقه كان نصف الرقبة ، وإذا قضى له بنصف القيمة فقد فرغ نصف الرقبة عن الجناية ؛ لأنه صار حق الأول دينا في ذمته وبقي نصف الرقبة مشغولا بحق الثاني ، فلما قتل الثالث قتل ونصف رقبته فارغ عن الجناية لكن فيه دين ، والنصف الآخر من الرقبة مشغولا بجناية الثاني إلا أن كون العبد مديونا ومستحقا بالجناية لا يمنع تعلق حق ولي الجناية الثالثة برقبته ، فصار النصف الفارغ مشغولا بجناية الثالث ، والنصف المشغول صار مشغولا بحقه وبحق الثاني ، فقد اجتمع في النصف الفارغ دين وجناية ، والدين سابق على الجناية ، وفي مثل هذا يدفع العبد أولا بالجناية ، ثم يباع بعد ذلك بالدين ، فيدفع النصف الفارغ إلى الثالث أولا ، ثم يباع بدين الأول ، وفي النصف الثاني اجتمع حق الثاني والثالث ، وقد اختار المولى الدفع ، فيكون هذا النصف بينهما على قدر حقهما ، وحق الثاني في عشرة آلاف ؛ لأنه لم يصل إليه شيء من العبد ، وحق الثالث في خمسة آلاف ؛ لأنه وصل إليه نصف العبد ، فيكون النصف المشغول بينهما على قدر حقيهما أثلاثا : ثلث النصف للثاني ، والثلث الآخر للثالث .

وهذا إذا اختار الدفع ، وإن اختار الفداء فدى للثاني بعشرة آلاف ، وللثالث كذلك ، وطهر العبد عن حق الثاني والثالث ، وبقي للأول نصف قيمة العبد دينا على العبد . فيقال للمولى : إما أن تقضي دينه ، أو يباع العبد عليك ، وإذا لم يقض المولى[1] دين العبد حتى وجب البيع ، قالوا : يباع جميع العبد بدينه لا النصف ؛ لأن حق الأول

(١) وكان في ظ : لم يقضه للمولى دين .

كان نصفاً من جميع العبد؛ لأنه حق على رقبته. وليس في عتقه جناية إلا أنه نقص حق الأول بالمزاحمة، واجتمعا في البيع، وجب مع الكل بدله. بخلاف ما لو قضى للثاني بنصف القيمة، وقد قلنا في الأخرى، فإنه إذا لم يقض دين العبد حتى وجب بيعه بالدين، فإنه يباع بنصف العبد، ولا يباع الكل؛ لأن حق الثاني ما وجب إلا في النصف؛ لأنه حق متى علق رقبته كان في عتقه دين حر، فما ثبت حقه إلا في النصف، فإن كان حقه في نصف العبد لا يباع الكل.

١٩٢٦٨ - وإذا جنى المكاتب جناية، ثم مات فهذا على وجهين: إما أن يموت عاجزاً بأن مات، وترك مائة درهم، وكتابته أكثر من ذلك، أو مات عن وفاء بأن مات، وترك من الكسب ما يفي بالجناية والمكاتبة، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن مات بعد أن قضى القاضي عليه بالجناية، أو مات قبل أن يقضى عليه بالجناية، وإن مات عاجزاً قبل القضاء عليه بالجناية، فإن الجناية تبطل، وتكون المائة التي تركها للمولى، أما بطلان الجناية؛ لأنه لما مات عاجزاً انفسخت الكتابة في آخر جزء من أجزاء حياته، وصار كعبد مأذون فيما مضى، فهذا عبد مات، وفي عنقه جناية، وترك كسباً، فبطل الجناية؛ لأن الجناية لا تتعلق بكسب الجاني، وإلا لما قلنا؛ لما بين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإذا بطلت الجناية سلم الكسب للمولى، وإن مات بعدما قضي بالجناية، فما تركه يقضى من ذلك الجناية، وذلك لأنه لما قضى القاضي عليه بالجناية، صارت الجناية ديناً عليه، وإذا مات عاجزاً، فهذا عبد مات وعليه دين، وترك كسباً، فيقضى الدين من كسبه؛ لأن الدين يسري إلى كسب العبد، والجناية لا تسري إليه.

هذا إذا مات عاجزاً، وإن مات عن وفاء قبل قضاء القاضي عليه بالجناية، فإنه لا يبطل الجناية؛ لأن المكاتب متى مات عن وفاء، فإنه لا تنفسخ الكتابة عندنا، فهذا مكاتب مات، وفي عنقه جناية، والمكاتب متى مات وفي عنقه جناية، فإن الجناية لا تبطل؛ لأنه اعتبر حياً حكماً، ولهذا عتق بالأداء، ولكن ينقلب ديناً لوقوع اليأس عن دفعه بجنايته بخلاف ما لو مات عاجزاً؛ لأنه لما مات عاجزاً تنفسخ الكتابة في آخر جزء من أجزاء حياته، ويصير كعبد مأذون فيما مضى، فهذا عبد مات، وفي عنقه جناية، فبطل الجناية سواء ترك كسباً، أو لم يترك.

وإذا لم تبطل الجناية بموته عن وفاء، فقد اجتمع في كسبه جناية وبدل كتابة، فيقضى منه الجناية أولاً، ثم الكتابة، ثم إن فضل شيء يكون لورثة المكاتب، وإنما وجب تقديم الجناية أولاً، ثم الكتابة؛ لأن الأصل أن الحقوق متى اجتمعت في كسب الميت حقيقة وحكماً، وبعضها أقوى من بعض، فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى، سواء كانت التركة تفي بالكل أو لا تفي، فإن كانت لا تفي فظاهر؛ لأن إذا كان لا تفي بالكل لا بد من إلغاء بعض الحقوق، وإبطال البعض، وكان إبطال الأضعف أولى من إبطال الأقوى، وإذا كان تفي بالحقوق كلها، فكذلك يبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لأن البداية بالأضعف ربما تصير سبباً لإبطال الأقوى عسى، فإنه ربما يهلك الباقي من التركة قبل إيفاء الأقوى، فيبطل الأقوى عسى، وكما لا تجوز البداية بالأضعف، إذا كان فيه إبطال الأقوى، لا تجوز البداية إذا كان فيه إبطال الأقوى عسى، فلهذا وجبت البداية بالأقوى فالأقوى، وكان القياس في الحي إذا وجب عليه حقوق أن يبدأ بالأقوى فالأقوى، حتى إذا وقع الخلل بموته يقع الخلل في الأضعف، لا في الأقوى، إلا أنا تركنا القياس في الحي بالشرع، فإن الشرع جوز التبرع من الحي، وإن كان عليه ديون الدنيا، فرد الميت إلى ما يقتضيه القياس.

وإذا وجبت البداية بالأقوى فالأقوى، متى اجتمعت الحقوق في كسب الميت، نقول: الجناية أقوى من بدل الكتابة لوجهين: أحدهما: وهو أن الجناية مما تصير ديناً بموت المكاتب عن وفاء؛ لأنه بموته عن وفاء يقع اليأس عن دفعه، فكان بمنزلة ما لو وقع اليأس عن دفعه حال حياته بأن أدى، فعتق، ولو أدى، فعتق، صارت الجناية ديناً، فكذلك إذا مات عن وفاء؛ لأن الدين أقوى من بدل الكتابة، ألا ترى أن المكاتب يحبس به لو كان حياً، ويجوز أخذ الكفيل به بخلاف بدل الكتابة.

١٩٢٦٩ - والثاني: أن بدل الكتابة يسقط بالعجز، والجناية لا تسقط بالعجز، فكانت الجناية أقوى من الكتابة، فوجبت البداية بالجناية، فيبدأ بالجناية، ثم بالكتابة، فإن فضل شيء يكون لورثة المكاتب.

١٩٢٧٠ - هذا إذا مات عن وفاء قبل قضاء القاضي عليه بالجناية، فأما إذا مات عن وفاء بعد قضاء القاضي عليه بالجناية، يبدأ بالجناية، ثم بالكتابة؛ لأنه كان يبدأ

كسبه ، فكذلك هذا - والله أعلم .

١٩٣٧١ - وإذا مات المكاتب ، وترك ابنًا قد ولد له في كتابته من أمة له وعليه دين وجناية ، قد قضي بها عليه ، أو لم يقض بها ؛ فإن الابن يسعى في الدين ، ويسعى في الأقل من قيمة أبيه حين جنى ومن أرش الجناية ومن المكاتبة ، وذلك لأن الولد المولود في الكتابة تقوم مقام المكاتب ؛ لأنه بعض المكاتب ، وقد سرى إليه كتابة أبيه ، ولهذا قالوا جميعًا : يسعى على نجوم الأب ، وكذلك يستفيد عتقًا بأداء بدل الكتابة ، كما يستفيده المكاتب ، فهو قائم مقامه ، وإذا قام مقام الأب ، فكأن الأب حي ، ولو كان الأب حيًا ؛ وعليه دين وجناية وبدل كتابة ، فإنه يسعى في الكل ، قضي عليه بالجناية ، أو لم يقض بها ، فكذلك هنا ، ولا يجبر على أن يبدأ من ذلك بشيء قبل شيء بخلاف ما إذا لم يترك ولدًا ، وإنما ترك كسبًا ، فإنه يترتب الحقوق بعضها على بعض ، وإنما يكون كذلك لأن الابن متى كان حيًا وإلزمه السعاية فيما كان على الأب ، فهذه حقوق اجتمعت في كسب الحي ؛ لأن هذه الحقوق تقضى من كسب الابن ، وهو حي قائم مقام أبيه ، ولو كان الأب حيًا لا يترتب الحقوق بعضها على بعض ، وكذلك هنا بخلاف ما إذا ترك كسبًا يفي بما عليه وبالكتابة ، ولم يترك ولدًا ، فإنه يترتب الحقوق بعضها على بعض ؛ لأن الحقوق اجتمعت في كسب الميت ، والحقوق متى اجتمعت في كسب الميت فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى ؛ لما بينا .

١٩٣٧٢ - وإن عجز عن شيء من النجوم ، أو أخره عن محله ، ولم يكن له وفاء بقدمه ، فإنه يرد في الرق ؛ لأنه قائم مقام الأب ، والأب لو كسر نجمًا أو نجمين حال حياته ، فإنه يرد في الرق فكذلك الابن ، وإذا رد في الرق لا شك أنه يباع بما كان على أبيه من الديون ؛ لأن الولد لما عجز ظهر أن المكاتب مات عاجزًا ، وقد ذكرنا أن المكاتب متى مات عاجزًا ، يعتبر عبدًا مأذونًا فيما مضى ، فهذا عبد مات وترك كسبًا ، فيباع كسبه بما عليه من الديون ، وهل يقضى من ذلك الجناية؟ إن كان مات بعد قضاء القاضي بها ، يقضى من كسب الجناية ، ويكون ولي الجناية أسوة لسائر الغرماء ؛ لأن الجناية بالقضاء بها صارت دينًا ، والتحقت بسائر الديون ، فهذا عبد مات ، وعليه ديون لا جناية في عنقه ، وترك كسبًا ، فيقضى كله من كسبه ، وإن مات قبل قضاء القاضي بالجناية ، بطلت

لو هلك العبد بطل حقهم ، وباختيار الفداء يتحول الحق من العبد إلى ذمة المولى حتى لا يبطل حقهم بهلاك العبد ، وكان معنى الحوالة من هذا الوجه ، فدل أن في اختيار الفداء معنى الشراء ومعنى الحوالة ، وأي الأمرين اعتبرنا كان لأولياء الجناية الخيار إذا عجز المولى ، وأفلس عن أداء الفداء .

أما باعتبار الشراء فلأن المولى بمنزلة مشتر أفلس عن الثمن قبل قبض المشتري ، وذلك لأن يد المولى فيما للأولياء من الحق في العبد يد أولياء الجناية حتى لو هلك العبد يكون الهلاك على أولياء الجناية ، فكان يد المولى في العبد باعتبار ما لهم من الحق يد المودع ، ويد المودع كيد المودع ، فيكون العبد بهذا الاعتبار في يد أولياء الجناية ، فإذا أفلس عن الفداء ، فهو مشتر أفلس قبل قبض المشتري من حيث المعنى

والمشتري إذا أفلس قبل قبض المشتري ، كان البائع بالخيار إن شاء تشبث بالعقد ، فيحبس العبد حتى يستوفي الثمن ، وإن شاء طلب من القاضي حتى يبيع العبد ، ويوفي ثمنه ، فكذلك هنا يكون لولي الجناية الذي هو بمعنى البائع الخيار إن شاء تشبث بالعقد حتى يستوفي الثمن وهو الفدية ، وإن شاء طلب من القاضي أن يبيع العبد ، ويوفي ثمنه .

وأما باعتبار الحوالة فلأن المحتال عليه أفلس قبل أداء ما لزمه بالحوالة ، فيتخير المحتال له ، وهو ولي الجناية في ذلك ، إن شاء نقض الحوالة حتى يعود حقه في العبد ، وإن شاء لم ينقض ، وطلب من القاضي حتى يبيع العبد بدينه إن لم يبع المولى بنفسه ، إلا أن مسألتنا تفارق مسألة الحوالة المحضة ، فإن في الحوالة المحضة متى أفلس المحتال عليه عن بعض ما التزم بالحوالة ، وقدر على أداء البعض ، فالمحتال له إنما ينقض الحوالة في البعض لا في الكل ، وهنا يتخير إن شاء نقض الحوالة في الكل ، وإن شاء أمضى الحوالة في الكل ، وذلك لأنا متى أثبتنا له نقض الحوالة في البعض دون البعض كما في غيرها من الحوالات يعود إلى المولى بعض العبد ، ويبقى حق أولياء الجناية في بعض الفداء ، فيكون جمعًا بين الفداء والدفع ، وهذا غير مشروع ، فلهذه الضرورة يتخير بين أن ينقض الحوالة في الكل ، وبين أن يختار الحوالة في الكل

ونظير هذا ما قالوا : في العبد المأذون إذا لحقه دين ، وطلب الغرماء بيع العبد بدينهم ، فاختار المولى قضاء الدين ، ثم عجز عن قضاء الدين ، وإن لم يكن له مال

يقضي به دينهم سوى العبد المأذون، عاد حقهم في العبد كما كان قبل الاختيار.

١٩٢٧٤ - وكذلك المرتهن إذا اختار قضاء الدين، ثم عجز عنه كان للمرتهن التشبث بالرهن كما قبل الاختيار، وطريقه ما قلنا فكذلك هذا.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله في اختيار المولى: إما أن يعتبر شراء أو حوالة من الوجه الذي قلنا، فأي ذلك ما اعتبرنا لا يكون لأولياء الجناية نقض الاختيار والتشبث بالعبد، أما باعتبار الشراء فلأن المولى بمنزلة المشتري، وإذا أفلس عن الثمن بعد قبض المشتري؛ لأن المولى بعد ما اختار الفداء، وصار مشتريًا للعبد يخلي بالعبد ويصير قابضًا بالتخلية؛ لأن المولى في حق العبد بمنزلة المودع، والمودع إذا اشترى الوديعة، ثم يخلي بالوديعة صار قابضًا، والمشتري إذا أفلس بعد قبض المشتري لا يكون للبائع نقض الشراء ولا حق التشبث بالعبد، وإنما له المطالبة بالثمن حتى يبيع المشتري العبد ويقضي ثمنه، فإن باع العبد، وقضى ثمنه، وإلا حبسه القاضي حتى يبيع العبد بنفسه أو يأمر غيره بالبيع، ولا يبيع العبد عليه بغير رضاه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يكون هذا حجرًا على الحر، وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر، وباعتبار الحوالة لا يعود حقه إلى العبد.

١٩٢٧٥ - هذا إذا أفلس المولى ولا يكون لهم التشبث بالعبد مادام المولى حيًا؛ لأن الإفلاس لا يتحقق عند أبي حنيفة رحمه الله مادام المحتال عليه حيًا؛ لأن المال غاد ورائح، وإنما تحقق إذا مات مفلسًا، فلا جرم إذا مات المولى مفلسًا، نقول: بأنه يعود حقه إلى العبد، فباعتبار معنى الحوالة تصير المسألة بناء على تلك المسألة.

وأما مسألة الرهن والدين الذي قال: قلنا: اختيار القضاء في مسألة العبد المديون والرهن، لم يعتبر شراء ولا حوالة؛ لأن بعد اختيار قضاء الدين بقي الحق في العين على حاله حتى لو هلك الرهن، أو العبد المديون بعد الاختيار، سقط حق الغرماء، ولم يكن على المولى شيء، وإذا لم يكن اختيار قضاء الدين لا شراء ولا حوالة، صار وجود هذا الاختيار وعدمه بمنزلة، فأما في مسألتنا هذه فاختيار المولى الفداء شراء أو حوالة؛ لأن اختيار الفداء أوجب قطع حق أولياء الجناية عن الرقبة، حتى لو هلكت الرقبة بعد اختيار الفداء، لا يبطل حق أولياء الجناية بهلاك العبد، وبالاعتبارين جميعًا لا يكون للمولى

الثابت بالعين من الوجه الذي قلنا – والله أعلم –

١٩٢٧٦ – وإذا جنت الأمة جناية خطأ، ثم ولدت ولداً بعد ذلك، ثم اختار المولى الدفع، فإنه يدفعها دون الولد.

فرق بين هذا وبينما إذا استهلكت مالاً، ثم ولدت بعد ذلك ولداً، فإنها تباع مع الولد بالدين، فقد سرى الدين إلى ولدها الحادث بعد الدين، والجناية لم تسر إلى ولدها الحادث بعد الجناية.

والفرق الصحيح أن يقال: إن ولد الأمة الجانية إنما لا يدخل في جنايتها؛ لأنها حين ولدت لم يكن لولي الجناية في الأمة الجانية لا ملك، ولا حق مستقر في العين، وإنما يسري إلى الولد إما الملك أو حق المستقر في العين، وإنما قلنا: بأنه ليس لولي الجناية في الأمة ملك، ولا حق[1] مستقر، أما الملك فلا إشكال؛ لأن الأمة الجانية بنفس الجناية قبل الدفع لم يصر ملكاً لولي الجناية؛ لأن لصاحب الأمة الخيار بين أن يزيلها عن ملكه بالدفع وبين أن يستديم على ملكه بالفداء، فكان بمعنى خيار البائع، وإنه يمنع زوال ملكه، ولهذا نفذ تصرفات المولى بعد الجناية.

وأما الحق المستقر فلأن المستقر من الحق في العين إنما يثبت إذا صار صاحب الرقبة ممنوعاً عن التصرف في رقبته أو منفعته، ويتعلق حق ولي الجناية بالرقبة، لم يصر المولى ممنوعاً من التصرف، لا في رقبتها، ولا في منفعتها. أما في رقبتها فإنه يملك بيعها وهبتها رضي ولي الجناية بذلك أم سخط، وأما في منفعتها فلأنه يؤاجرها ويستخدمها، ولا يمنع من ذلك، وإذا لم يصر ممنوعاً من التصرف لا في رقبتها، ولا في منفعتها كان حق ولي الجناية في العين غير مستقر، فلا يسري إلى الولد، فصار كحق الفقير في قدر الزكاة بعد حولان الحول لما كان غير مستقر؛ لأنه لم يمنع صاحب المال من التصرف فيه لا رقبة ولا منفعة لم يسر ذلك الحق إلى الولد المتولد من المال الذي وجب فيه الزكاة، وكذا هاهنا.

وأما الدين حق مستقر في الأمة المديونة حتى صار المولى ممنوعاً من بيعها وهبتها، فجاز أن يسري إلى الولد، وكان كحق الكتابة والتدبير لما كان حقاً مستقراً في الرقبة سرى إلى الولد. وكذا حق الأضحية لما كان حقاً مستقراً في العين حتى صار ممنوعاً من

(١) وفي (ب) و(ظ): والحق مستقر

الانتفاع به من حلبه وجز صوفه، والركوب عليه إن لم يصر ممنوعًا من بيعه، بخلاف القصاص حيث لا يسري إلى الولد؛ لأن المستحق بالقصاص الروح(١) لا الرقبة، والولد يتولد من الرقبة لا من الروح، ولهذا لم يستحق الولد إذا وجب القصاص، وفي بطنها ولد بخلاف الدين، فإنه يتعلق برقبتها، والولد يتولد من الرقبة، فجاز أن يسري إلى ولدها، ولا يدخل كسبها في الجناية؛ لأنه لما لم يدخل ولدها تحت جنايتها، فكسبها أولى، ألا ترى أن التدبير والكتابة تسري إلى الولد، ولا يسري إلى الكسب، فما لا يسري إلى الولد لأن لا يسري إلى الكسب أولى.

وإذا جنى عليها أحد، فأخذ المولى بذلك أرشًا، فإنه يدفعها مع الأرش.

١٩٢٧٧ - فرق بين هذا وبين الولد، فإنه لا يدفعها مع الولد، وكما أن الولد حدث بعد الجناية وهو منفصل عنها حالة الدفع، فالأرش كذلك.

ووجه الفرق بينهما وهو أن الأرش إن كان منفصلا عنها من حيث الحقيقة وقت الدفع متصل بها معنى؛ لأن الأرش خلف عن الفائت، فيكون قائمًا مقام الفائت، ولو كان الفائت قائمًا لا شك أنه يجب دفعه مع الأصل، فكذا يجب دفع خلفه.

فأما الولد منفصل عن الأصل حقيقة وحكمًا أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأن الولد المنفصل ليس بخلف عما كان متصلا بها قبل الانفصال؛ لأن المنفصل عين ما كان متصلا قبل الانفصال، والشيء لا يجوز أن يكون خلفًا عن عينه ونفسه، وإذا لم يثبت الاتصال وقت الدفع لا حقيقة ولا حكمًا لم يجب دفعه مع الأصل.

قياس مسألة الأرش من مسألتنا أن لو دفعت، وفي بطنها ولد، فلا جرم يستحق الولد معها، وكان كمال الزكاة بعد ما وجبت فيه الزكاة، إذا ولدت ولدًا لا يسري إلى الولد، ولو قطع شيء منها ووجب البدل، تسري الزكاة إلى البدل، فكذلك هذا.

هذا إذا قطع طرفًا من أطرافها بعد الجناية حتى وجب الأرش، ولقد علم ذلك، فأما إذا قطع طرف من أطرافها قبل الجناية، ثم جنت واختار المولى دفعها، فإنه لا يدفع الأرش معها؛ لأن الأرش لم يكن خلفًا عن فائت تعلق به حق المجني عليه؛ لأنه حين جنت كان الطرف منفصلا عنها، فتعلق حق ولي الجناية برقبة ناقصة، وإذا لم يكن

---

(١) هكذا في م، وكان في غير "الزوج".

الأرش خلفًا عن فائت تعلق به حق المولى لم يجب دفعه مع الأصل بخلاف ما إذا كان القطع بعد الجناية؛ لأنه تعلق حق ولي الجناية برقبة كاملة، فكان الأرش خلفًا عما تعلق به حق ولي الجناية، والخلف قائم مقام الفائت، ولو كان الفائت قائمًا، كان يدفعه مع الأصل، فكذا يدفع الخلف مع الأصل.

١٩٢٧٨ - هذا إذا علم أن الجناية عليها كانت قبل جنايتها أو بعد جنايتها. وإن كان لا يعلم أن الجناية عليها قبل جنايتها، أو بعد جنايتها إن تصادقا أن الجناية عليها كانت[1] قبل جنايتها كان الحكم كما تصادقا عليه؛ لأن الحق بينهما لا يعدوهما[2]، فيكون الثابت بينهما بتصادقهما كالثابت معاينة، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا.

وإن تصادقا، وقالا: لا نعلم أن الجناية عليها قبل جنايتها، أو بعد جنايتها كيف يصنع بالأرش إذا اختار الدفع، قالوا: ذكر في بعض النسخ الوكالة وقال: يكون الأرش بين المولى والمجني عليه نصفان؛ لأنه احتمل أن الأرش وجب قبل جنايتها، فيكون كله للمولى، واحتمل أن يكون بعد جنايتها، فيكون كله لولي الجناية متى اختار الدفع، فإذا تصادقا أنهما لا يعلمان جعل بينهما نصفان.

هذا إذا تصادقا على شيء واحد، وأما إذا اختلفا، فقال المجني عليه: إن[3] الأرش وجب بعد الجناية، وإنه لي متى اخترت الدفع، وقال المولى: لا، بل وجب الأرش قبل جنايتها، وإنه لي متى اخترت الدفع، ذكر أن القول قول المولى مع يمينه، ويكون الأرش له، إلا أن يقيم المجني عليه بينة أنه وجب الأرش بعد الجناية، وكان يجب أن يكون القول قول المجني عليه؛ لأن القطع أمر حادث، والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر، فيجعل القطع حادثا للحال، وذلك لأن القطع كما هو حادث، كذلك الجناية حادثة، فيحكم بحدوثها للحال إذا لم يعرف حدوثها قبل ذلك، فيتعارض الجنايتان، فيسقط اعتبارهما، وتبقى العبرة بعد هذا للدعوى والإنكار، فولي الجناية يدعي ملك ما في يد المولى من الأرش، والمولى ينكر، فيكون

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في غيره "كان" مكان "كانت".

(٢) هكذا في ظ وب وم، وكان في الأصل "لا يعدو عنهما".

(٣) وفي ب "لأن" مكان "إن".

القول قوله.

وإن كانت الجناية عليها بعد جنايتها وأمسكها المولى وفداها، فإنه يستعين بأرش الجناية في الفداء، وذلك لأن المولى كان مخيراً بين شيئين بين الدفع والفداء، والمخير بين الشيئين متى اختار أحدهما، فإنه يعتبر هو الواجب من الأصل، وقد اختار الفداء، فتعتبر الدية هي الواجب من الأصل، فصار الأرش والأمة على ملك المولى، فكان له أن يستعين بذلك في أداء ما وجب عليه من الأرش.

١٩٢٧٩ - وإذا قتل العبد رجلاً خطأً، وعليه دين وخير مولاه بين الدفع والفداء، فاختار الفداء لأولياء الجناية، فقد طهر العبد عن الجناية، بعد هذا يباع العبد للغرماء بدينهم ليصل كل واحد إلى حقه، فأما إذا اختار الدفع ذكر أنه يدفع العبد أولاً إلى أولياء الجناية، ثم الغرماء يبيعونه بالدين في ملك أولياء الجناية إذا لم يقضوا دينه.

فقد بدأ القاضي أولاً بالدفع إلى أولياء الجناية ولم يبدأ بالبيع للغرماء، وذلك لأن الأصل أنه متى اجتمع في العين حقان، وفي البداية بأحدهما توفير الحقين، وفي البداية بالآخر توفير أحدهما وإبطال الآخر، فإنه يبدأ بالحق الذي فيه توفير الحقين؛ لأن الأصل أن الحقوق توفى ما أمكن.

ومتى بدأ القاضي بالدفع إلى أولياء الجناية كان في ذلك توفير الحقين؛ لأن حق الغرماء في حق الدين يبقى، وإن زال العبد بالدفع عن ملك مولى العبد؛ لأن العبد إنما زال عن ملك مولاه بالدفع من غير رضا الغرماء، وزوال العبد المديون عن ملك مولاه إلى غيره إذا لم يكن برضا الغرماء، لا يوجب سقوط دينهم، ولا يوجب تأخير دينهم إلى ما بعد العتق أيضاً، ألا ترى أنهم قالوا: إن مولى العبد المديون إذا مات يصير العبد ملكاً لورثته، ثم الغرماء يبيعونه بالدين في ملك الورثة؛ لأن زوال العبد عن ملك المولى إلى ورثته ما كان برضا الغرماء، فكذا هنا، وإذا بقي الدين في ذمة العبد بعد زوال العبد المأذون[1] عن ملك المولى أمكن للغرماء أن يبيعوه بدينهم، فيكون في ذلك توفير الحقين.

وإذا باعوه بدينهم في ملك أولياء الجناية لا يكون لأولياء الجناية أن يرجعوا على

(١) في م: المديون مكان المأذون.

المولى بشيء؛ لأن حقهم ما ثبت إلا في عبد مشغول بالدين، وقد سلم لهم ذلك، فثبت أن في البداية بالدفع توفير الحقين، وفي البداية بالبيع للغرماء توفير حق الغرماء، وإبطال حق أولياء الجناية؛ لأنه بالبيع للغرماء ما يزول العبد عن ملك مولى الجاني[1]، ويزول العبد عن ملك مولى الجاني[2] إلى غيره بالبيع مما يبطل الجناية، وإن حصل البيع بغير رضا أولياء الجناية؛ لأنه لا سبيل إلى تضمين المولى؛ لأن العبد زال عن ملكه لا بصنعه كما لو مات العبد، ولا سبيل إلى اتباع المشتري؛ لأنه لو بقيت الجناية في ملك المشتري، إذا أخذ منه العبد كان للمشتري أن يرجع بذلك على البائع؛ لأن المبيع استحق من يده، فيرجب ذلك فسخ البيع، وإذا فسخ البيع، بطل حق الغرماء من المشتري.

وإذا كان كذلك ثبت أن في البداية بالبيع بدين الغرماء توفير أحد الحقين وبطلان الحق الآخر، وفي البداية بالدفع توفير الحقين، فكانت البداية بالدفع، وفيه توفير الحقين أولى.

١٩٢٨ - هذا إذا كان الدفع إلى ولي الجناية بقضاء قاض، فأما إذا دفع العبد إلى أولياء الجناية بغير قضاء قاض، وهلك في يدهم، ذكر أنه لا يضمن قيمة العبد للغرماء، وإنه جواب الاستحسان، والقياس أن يضمن قيمة الغرماء.

وجه القياس في ذلك ظاهر، وهو أنه بالدفع ملك العبد عن أولياء الجناية من غير رضاء الغرماء، فيضمن قيمته إذا هلك في أيديهم، كما لو باع منهم. وأما وجه الاستحسان في ذلك، وهو أن مولى العبد بدفع العبد إلى أولياء الجناية فعل عين ما كان يفعله القاضي لو رفع إليه؛ لأنه لو رفع الأمر إلى القاضي كان يدفع العبد إلى أولياء الجناية، فيجعل فعله كفعل القاضي، ألا ترى أنهم قالوا: فيمن اشترى داراً بعبد، ولها شفيع، وقبض المشتري الدار، ثم سلمها إلى الشفيع بغير قضاء قاض، ثم وجد بائع الدار بالعبد عيباً، ورده على المشتري، وفسخ البيع، فإن المشتري لا يضمن قيمة الدار للبائع، وإن أخذها ملك الدار من الشفيع حتى لا يسلم[3] إليه بغير قضاء القاضي؛

(١) هكذا في ط، وكذا في غيرها: مولى الجناية.

(٢) هكذا في ط، وكذا في غيرها: مولى الجناية.

(٣) هكذا في ط، وكان في غيرها: يسلم.

لأنه فعل غير ما كان يفعله القاضي لو رفع إليه، فيجعل فعله كفعل القاضي، وهذا بخلاف ما لو باع منهم؛ لأنه لم يفعل عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه، فإنه لو رفع إلى القاضي كان لا يبيع العبد من أولياء الجناية، وإنما يدفع إليه بالجناية، فلم يمكن أن يجعل فعله كفعل القاضي.

ولو دفعه إلى أهل الدين بديونهم بغير أمر القاضي بعد أن يحضر أهل الجناية فعليه قيمته لأصحاب الجناية، إن كان لا يعلم بالجناية وقت الدفع، وإن كان عالمًا بالجناية يصير مختارًا للفداء، وذلك لأنه بالدفع إلى الغرماء بدينهم ملك العبد منهم بغير رضاء أولياء الجناية، فيصير كما لو باع منهم بدينه بغير رضاء أولياء الجناية، ولو باع منهم بغير رضاء أولياء الجناية كان يضمن قيمته لأولياء الجناية، فكذلك هذا، فرق بين هذا وبينما لو دفع المولى العبد إلى أولياء الجناية بغير رضاء الغرماء، ذكر أنه لا يضمن لغرمائه شيئًا، وهنا قال: يضمن قيمته لأولياء الجناية.

ووجه الفرق بينهما وهو أنه متى دفع العبد إلى أولياء الجناية، فقد فعل عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه، فيجعل دفعه كدفع القاضي، فأما هنا لم يفعل بالدفع إلى الغرماء بدينهم عين ما كان يفعله القاضي لو رفع إليه، فإنه لو رفع إليه، كان لا يدفعه إلى الغرماء بدينهم، وإنما يدفعه إلى أولياء الجناية، وإذا لم يفعل عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه، لا يمكن أن يجعل فعله كفعل القاضي، فصار ضامنًا - والله أعلم -

١٩٦٨١ - قال محمد في عبد في يدي رجل أقر عليه بجناية، ثم أقر بعد ذلك أن العبد كان لغيره في الأصل، وإنه لم يملكه قط، فهذا على وجهين: إما أن يكون الملك في العبد معروفًا أنه للمقر، أو كان مجهولًا لا يدري، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن يكون أقر بالجناية أولًا، ثم بالعبد بعد ذلك، أو أقر بالعبد أولًا، ثم أقر بعد ذلك بجناية العبد، فإن كان الملك في العبد معروفًا أنه للمقر، وقد أقر بالجناية أولًا، ثم بالعبد، فالمسألة لا تخلو بعد هذا من ثلاثة أوجه: إما أن يصدقه المقر له في الملك والجناية جميعًا، أو يكذبه فيهما، أو يصدقه في الملك، ويكذبه في الجناية.

فإن صدقه المقر له في الجناية، والملك جميعًا صح إقرار المقر، ويقال للمقر له[1]

---

[1] هكذا في جا ... وكان في غيرها ... عن ما كان

ادفع العبد، أو افده بالدية ، وذلك لأنه لو امتنع صحة هذا الإقرار إنما يمتنع لحق ولي الجناية في العبد ، ولا وجه إليه ؛ لأنه بهذا الإقرار لا يبطل حق ولي الجناية ؛ لأن حقه في الدفع أو الفداء وإنه باقٍ بعد الإقرار حتى صح الإقرار فصح الإقرار ، والإقرار متى صح صار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة أو معاينة ، ولو ثبت بالبينة الجناية والملك للمقر له لا ثبت أن المقر له يخاطب بالدفع أو بالفداء ، فكذلك هذا . فأما إذا كذبه المقر له في الجناية والملك جميعًا كان الخصم هو المقر ، فيقال للمقر : إما أن تدفع العبد، أو افده ، ولا يصير المقر بالإقرار مختارًا للفداء .

وقال زفر رحمه الله : إنه يصير مختارًا للفداء ، وذهب في ذلك إلى أن المقر لما أقر بالعبد لغيره بعد إقراره بالجناية ، فقد أزال العبد عن ملكه مع العلم بالجناية إلى المقر له ؛ لأن صحة الإقرار لا يقف على تصديق المقر له ، ولهذا قالوا : لو مات المقر له قبل التصديق ، فإن المقر به يصير ميراثًا لورثة المقر له ، فصح أنه أزال العبد عن ملكه إلى ملك المقر له بنفس الإقرار وهو عالم بالجناية ، فيصير مختارًا ثم لا يبطل الاختيار ، وإن عاد العبد إلى ملكه بالتكذيب كما لو باع المقر العبد من غيره ، أو وهبه من غيره وهو عالم بالجناية ، حتى صار مختارًا ، ثم عاد العبد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب ، أو بالرجوع بالهبة هناك ، لا يبطل الاختيار ، فكذا هنا .

وأما علماؤنا الثلاثة فذهبوا في ذلك إلى أن صحة الإقرار إن كان لا يقف على التصديق ، فالبطلان يقف على التكذيب حتى إذا اتصل به التكذيب بطل من الأصل ، وإذا توقف البطلان على التكذيب فمتى كذبه المقر له في إقراره بطل الإقرار من الأصل وصار وجود الإقرار وعدمه بمنزلة ، وهذا لأن الإقرار إخبار ، والإخبار محتمل بين الصدق والكذب ، فقبل التكذيب اعتبر صدقًا ؛ لأن الظاهر أن العاقل لا يقر على نفسه كاذبًا ، وإنما يقر صادقًا وإذا اتصل به التكذيب اعتبر كذبًا من الأصل ؛ لأن العاقل لا يرد الإقرار كاذبًا ، وإذا صار كاذبًا من الأصل لا يتعلق به حكم ، فظهر أن المقر لم يزل العبد عن ملكه بعد جنايته حتى يصير مختارًا بخلاف ما لو باع أو وهب ؛ لأنه تمليك مبتدأ ، وإذا كان تمليكًا صار مولى العبد مزيلا ملكه عن العبد مع علمه بالجناية ، فصار مختارًا للفداء ، وبالعود إلى ملكه بالفسخ لا يبطل ذلك الاختيار إذ لا يظهر أن ملكه لم يكن

زائلاً، أما هنا بالتكذيب يظهر أن العبد لم يكن زائلا عن ملكه؛ لأنه يظهر أنه كان كذباً، فلم يصر مختاراً.

فأما إذا صدقه المقر له في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختاراً للفداء، فيلزمه الأرش، ويقضى بالعبد للمقر له، وذلك لأن إقرار ذي اليد بالجناية على العبد قد صح؛ لأن الإقرار بجناية العبد وجد قبل إقراره بالعبد للمقر له، فيصح إقراره؛ لأن العبد ملكه وقت إقراره بجنايته، وإذا أقر بعد ذلك بالعبد لغيره، وصدقه المقر له صار المقر مزيلا العبد عن ملكه إلى المقر له وهو عالم بالجناية، فيصير مختاراً للفداء.

١٩٢٨٢ - هذا الذي ذكرنا كله إذا أقر بالجناية أولا ثم بالعبد، فأما إذا أقر بالعبد أولا، ثم أقر بجناية العبد خطأ بعد ذلك، فهذا لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضاً - فإن صدقه المقر له فيهما جميعًا، صار الخصم هو المقر له، فيقال له: ادفعه أو افده، وإن جعل[1] المقر مقراً بجناية العبد والملك في العبد لغيره، فيكون مقراً بجناية عبد الغير؛ لأن الإقرار بجناية عبد الغير صحيح إذا صدقه المقر عليه، وهنا صدقه المقر عليه فصح إقراره بالجناية، وصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة، ولو ثبت ما أقر بالبينة لا شك أنه يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدي، فكذا هذا.

فأما إن كذبه المقر له في الملك والجناية جميعًا فإنه يقال للمقر: أما إن تفدي أو تدفع، وذلك لأن المقر له لما كذبه فيهما بطل إقراره بالعبد للمقر له من الأصل، فظهر أن الإقرار من المقر بجناية العبد حصل، والعبد في ملكه، فصح إقراره، فيقال له: إما أن تدفع أو تفدي.

وإن صدقه في الملك، وكذبه في الجناية لم يلزم حكم الجناية لا للمقر له ولا للمقر، أما لا يلزم للمقر له؛ لأنه لما صدقه المقر له في الملك ظهر أن إقراره بالجناية حصل، والعبد في ملك غيره، وقد كذبه صاحب الملك فيه، فلا يصح إقراره، وأما لا يلزم المقر شيء؛ لأنه لم يقر على نفسه بشيء بخلاف ما لو كان أقر بالجناية أولا، ثم بالعبد؛ لأنه جعل[2] مقراً بجناية عبد هو ملكه، فصح الإقرار بالجناية، فإذا أقر بالعبد

---

(١) هكذا في الأصل وط، وكان في غيرهما "حصل".

(٢) هكذا في ط، وكان في غيرها "المقر" مكان "المقر له".

لغيره، وصدقه المقر له في الملك صار مزيلاً العبد عن ملكه إلى ملك المقر له وهو عالم بالجناية، فيصير مختاراً، كما لو باعه أو وهبه، وهنا الإقرار بالجناية حصل وهو عبد لغيره، فيجعل مقراً على غيره[1]، والمقر عليه كذبه، فلم يصح إقراره.

١٩٢٨٣ - هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الملك في العبد معروفاً أنه للمقر، فأما إذا كان مجهولاً لا يدرى، فهذا على وجوه أيضاً: فإن أقر أولاً بالجناية، ثم بالعبد، إن صدقه المقر له فيهما يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدي؛ لأن الملك للمقر له، والجناية في ملكه ثبت بتصادقهما فصار كأنها ثابتة بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن الجناية كانت في ملك المقر له يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدي، فكذا هذا.

وإن كذبه فيهما جميعاً يقال للمقر[2] له: إما أن تدفع أو تفدي؛ لأن المقر له لما كذبه في إقراره بطل إقراره من الأصل، وصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإقرار والعبد في يده وقد أقر بجناية، فإنه يقال له: إما أن تدفع أو تفدي، فكذا هذا.

وإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية، صار العبد للمقر له، ولا يلزم المقر ولا المقر له حكم الجناية، أما لا يلزم المقر له؛ لأنه لو لزمه، لزمه بحكم إقرار المقر، وإقرار الغير على الغير باطل، وكذا لا يلزم المقر شيء، وكان يجب أن يصير المقر مختاراً للفداء؛ لأن إقراره بالجناية صح من حيث الظاهر؛ لأن الملك له وقت الإقرار بالجناية بظاهر يده، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، فصح إقراره بالجناية من حيث الظاهر كما لو كان ملكه في العبد معروفاً.

فإذا أقر بالعبد لغيره، وصدقه المقر له، صار المقر به مزيلاً العبد عن ملكه بعدما صح إقراره بالجناية، فيجب أن يصير مختاراً للفداء كما لو كان الملك معروفاً له في هذا العبد وقت الإقرار بالجناية إلا أن الجواب عنه أن الملك هنا وقت الإقرار بالجناية ثبت له بظاهر اليد، والملك الثابت بظاهر اليد يصلح لإبقاء ما كان ثابتاً، فأما لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً، والاختيار للفداء لم يكن ثابتاً فلا يثبت بالملك الثابت بظاهر اليد بخلاف ما إذا كان الملك معروفاً في العبد؛ لأن الملك المعروف بدليل آخر سوى اليد، كما لا يصلح

(١) هكذا في ظ، ف، م، وكان في الأصل "على".

(٢) هكذا في الأصل وظ، ولعل في مرجعها خلل.

لإبقاء ما كان ثابتًا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا؛ ألا ترى أن من اشترى دارًا وبجنبها دار في يد آخر، فأراد ذو اليد أن يأخذ الدار بالشفعة بالملك الثابت له بظاهر اليد لم يقدر، ولو كان الملك له في الدار معروفًا كان له أن يأخذ الدار بالشفعة؛ فكذا هذا، فهذه المسألة تفارق ما إذا كان ملكه في العبد معروفًا في فصل واحد، فأما في فصلين، فهذه وتلك سواء.

وأما إذا أقر بالملك أولا ثم بالجناية إن صدقه فيهما، يقال للمقر له: إما أن تدفع أو تفدي، وذلك لأن الملك الثابت في العبد لو كان معروفًا للمقر لكان المقر له هو المطالب بحكم الجناية إذا صدقه فيهما، فإذا كان مجهولا لا يدري أولى.

وإن كذبه فيهما فلا يقال للمقر: إما أن تدفع أو تفدي؛ لأنه لما كذبه فيهما صار وجود إقراره وعدمه بمنزلة، وإن صدقه في الملك، وكذبه في الجناية لم يكن على واحد منهم شيء؛ لما مر.

وإذا أقر العبد بجناية موجبة للمال، فإنه لا يصح إقراره إذا لم يصدقه المولى في إقراره؛ لأنه يقر على غيره وهو مولاه، فإن الجناية الموجبة للمال من المملوك موجبها الدفع أو الفداء، وإنما يتأدى بما هو مملوك المولى، فيكون العبد مقرًا على المولى، وإقرار الغير على الغير باطل، وكان كالحر إذا أقر بالجناية الخطأ، فإنه لا يصدق في إقراره؛ لأنه يقر على غيره، وهو العاقلة بخلاف ما إذا أقر العبد بالقصاص على نفسه حيث صح إقراره؛ لأنه أقر على نفسه، فإن المستحق بالقصاص الدم، والدم بقي على ملك العبد بعد الرق كما قبل الرق، ولم يصر مملوكًا للمولى بدليل أن إقرار المولى عليه بالقصاص لا يصح. ولو صار دمه مملوكًا للمولى صح إقراره، وإذا كان الدم مملوكًا للعبد حصل[1] العبد مقرًا على نفسه، فيصح إقراره. فأما موجب الخطأ المال وذلك الدفع أو الفداء، وكل ذلك يتناول المولى، فيجعل[2] مقرًا على المولى لا على نفسه، فلم يصح إقراره، والتاجر في ذلك وغير التاجر سواء؛ لأن الجناية غير داخلة تحت الإذن؛ لأنها ليست بتجارة، وما ليس بتجارة، فالتاجر في ذلك وغير التاجر سواء.

---

(١) هكذا في ف و ب و م، وكان في الأصل: جعل.

(٢) هكذا في الأصل و ط، وكان في غيرهما: فجعل.

وهذا بخلاف المكاتب إذا أقر بالجناية خطأ، فإنه يصح إقراره؛ لأن موجب جنايته في كسبه، وإقراره في أكسابه صحيح حتى لو لم يقض القاضي بشيء حتى عجز ورد في الرق بطل إقراره؛ لأن حقه في كسبه قد بطل بالعجز، وبقي[1] حكم إقراره لزم المولى موجب جنايته بإقراره وإنه لا يجوز، والله أعلم.

١٩٦٨٤- قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قال لعبده: إن قتلت فلانًا أو رميته أو شججته، فأنت حر، ففعل العبد ذلك، فهو حر ويصير المولى مختارًا للفداء، وعلى قول زفر رحمه الله: إن المولى عجز عن الدفع بصنع وجد من المولى قبل جناية العبد، فوجب أن لا يصير بذلك مختارًا قياسًا على ما لو دبر قبل الجناية، وقياسًا على ما لو قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم دخل الدار بعد الجناية والمولى عالم بها، حتى عتق العبد لم يصر المولى مختارًا، وكان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، كذا هنا، وإنا نقول: هذا لأن [illegible] واليمين وجد قبل الجناية، ولهذا قالوا فيمن قال لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لامرأته: إن أعتقت عبدي، فأنت طالق، فدخل العبد الدار، لا تطلق امرأته؛ لأن إعتاق العبد الذي هو شرط وقوع الطلاق وجد قبل اليمين بالطلاق باعتبار اليمين، والأيمان تقتضي شروطًا في المستقبل لا فيما مضى.

وبمثله لو قال بعد الحلف بالطلاق لعبده: إن دخلت، فأنت حر، فدخل الدار حتى عتق طلقت امرأته؛ لأن إعتاق الذي هو شرط وقوع الطلاق وجد بعد اليمين بالطلاق باعتبار اليمين والشرط جميعًا، ولا يقال: بأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط يجعل كالمرسل، ولو أعتق بعد الجناية وهو عالم بها صار مختارًا، فكذا هنا؛ لأن هذا يشكل بمسألة الدخول، فإنه لم يجعل عند الدخول كأنه أعتق إذ لو اعتبر هكذا صار مختارًا كما لو أعتقه بعد الدخول وهو عالم بالجناية.

وأما علماؤنا الثلاثة ذهبوا إلى أن المولى أعتق العبد الجاني بعد الجناية من كل وجه وهو عالم بالجناية، فيصير مختارًا قياسًا على ما لو أنشأ عتقًا بعد الجناية وهو عالم بها.

---

(١) هكذا في ظ، وم، وكذا في الأصل و ... فلم يبق ... لم يبطل ... حكم إقراره.

وإنما قلنا: إنه أعتق بعد الجناية من كل وجه؛ لأنه علق العتق بجناية العبد، فصار معتقًا له بعد الجناية لا محالة، وكان هذا بمنزلة من قال لامرأته: إذا مرضت مرضًا أموت فيه فأنت طالق ثلاثًا، ثم مرض مرضًا مات فيه صار فارًا كما لو طلقها بعد المرض؛ لأنه علق الطلاق بالمرض، فصار مطلقًا لها بعد المرض من كل وجه، وكذلك إذا قال المولى لعبده: إذا مرضت مرض الموت، فأنت حر، ثم مرض مرضًا مات فيه عتق من ثلث ماله كما لو أنشأ العتق بعد المرض بخلاف لو قال قبل الجناية لعبده: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم دخل الدار بعد الجناية، فإنه لا يصير مختارًا؛ لأنه لم يصر معتقًا له بعد الجناية من كل وجه، لأنه علق العتق بالدخول لا بالجناية، والدخول قد يوجد قبل الجناية وبعدها، فلم يصر مختارًا بخلاف ما نحن فيه.

قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في شرح ديات الأصل: هذا إذا علق العتق بضرب يوجب المال، أما إذا علق بضرب يوجب القصاص بأن قال: إن ضربت بالسيف، فأنت حر، فإنه لا يلزم المولى شيء لا القيمة ولا الفداء؛ لأنا نجعل المولى معتقًا له بعد الجناية وهو عالم بها، ولأنه لو أعتقه بعد الجناية وهو عالم بها والجناية موجبة للقصاص لا يصير مختارًا للفداء؛ لأنه لا فداء عليه متى كانت الجناية موجبة للقصاص، ولا يضمن قيمته؛ لأنه لم يستهلك حق ولي الجناية بالإعتاق؛ لأنه حق ولي الجناية في الدم، والدم باق بعد الإعتاق بخلاف ما لو علق العتق بضرب يوجب المال.

ثم إن محمدًا رحمه الله ذكر في هذا الكتاب الشجة ولم يذكر الموت، وذكر في كتاب الديات من الأصل الشجة والموت جميعًا، ولا فرق بينهما؛ لأن نفس الشجة جناية، فهو أضاف العتق إلى حالة الجناية، فيكون مختارًا للدية إن مات، والأرش إن لم يمت.

وذكر في هذا الكتاب الرمي، ولم يذكر الرمي في ديات الأصل، ولولا هذه الرواية لكان لقائل أن يقول: بأن في الرمي لا يصير مختارًا؛ لأن نفس الرمي ليس بجناية؛ لأنه قد لا يصيب، فلم يضف العتق إلى حالة الجناية، فينبغي أن لا يصير مختارًا للفداء، والوجه في ذلك أن يقول: بأن المراد من الرمي المذكور في الكتاب الرمي مع الإصابة، فإنه قال: رميتك، وإنه يذكر في الرمي مع الإصابة، وفي الرمي بلا إصابة

بقائه : مني

قلنا: والرمي مع الإصابة جناية، فكان مضيفًا للعتق إلى ما هو جناية، فيصير مختارًا للفداء لهذا - والله أعلم -

قال محمد رحمه الله في الكتاب: رجل قطع يد عبد رجل عمدًا، فأعتقه المولى، ثم مات العبد من ذلك، فإن كان للعبد ورثة غير المولى، فلا قصاص فيه، ولكن يجب أن تجب الدية، وإن لم يكن له ورثة غير المولى يقتص منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله: لا قصاص فيه أيضًا، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل.

أما الفصل الأول: وهو ما إذا كان له ورثة سوى المولى فلأنه لم يجب القصاص لاشتباه المولى، فإن باعتبار ابتداء الجناية يجب القصاص للمولى؛ لأن الجناية وجدت في ملكه، وباعتبار انتهاء الجناية وهو حالة الموت يجب للورثة؛ لأنه حر في تلك الحالة، وفي الجنايات قد تعتبر الحالة الأولى، وقد تعتبر الحالة الثانية، وقد تعتبر الحالتان جميعًا، فاشتبه ولي القصاص، وهذا الاشتباه لا يرتفع، وإن اجتمع المولى مع ورثة العبد؛ لأن المستحق مجهول، وإثبات ولاية الاستيفاء لمجهول لا يصح.

وأما الكلام في الفصل الثاني: محمد رحمه الله يقول: اشتبه سبب الاستحقاق؛ لأن باعتبار ابتداء الجناية سبب الاستحقاق الملك، وباعتبار الانتهاء سبب الاستحقاق الولاء والعصوبة، والحكم لا يثبت بسبب مجهول، فالحق اشتباه سبب الولاية باشتباه المولى، فصار كما لو كان القطع خطأ، وباقي المسألة بحالها لا تجب قيمة النفس، وإنما يجب أرش اليد، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، كذا هنا. هما يقولان: إن المستوفي للقصاص هو المولى على كل حال، وهو معلوم، واشتباه السبب لا يمنع الاستحقاق هنا؛ لأنه لا يفضي إلى المنازعة بخلاف جهالة المستحق؛ لأنها مفضية إلى المنازعة.

والحاصل أن عند اشتباه المولى إجماع أنه لا يجب، وعند اشتباه السبب اختلاف، بخلاف ما إذا كان القطع خطأ؛ لأن العتق قاطع سراية الجناية إذا كانت خطأ لتبدل المستحق حال انتهاء جناية المولى، وحال سراية العبد وثبات المستحق بقطع السراية، أما

(١) هكذا في [illegible] وكان في الأصل [illegible] مكان [illegible]

إذا كان العبد فالعتق لا يمنع السراية؛ لأنه لا يبدل المستحق؛ لأن المستحق في الحالين واحد وهو العبد، وإنه في حق القصاص مبني على أصل الحرية، وإنما يستوفي المولى بطريق الخلاف عنه، وإذا لم يكن له وارث آخر لم يتبدل المستوفي، فلم يتبدل المستحق فيستوفي. وفي الأصل إذا جرح العبد رجلا جراحة، ثم إن المجني عليه خاصم المولى، فخيره القاضي، فاختار عبده، وأعطى الأرش، ثم انتقضت الجراحة، ومات المجني عليه، فالقياس أن يكون هذا اختيار منه للدية، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله الآخر.

وفي الاستحسان: أن لا يكون اختيار للدية، ويخير المولى خيارًا مستقبلا، وإن شاء، دفعه وأخذ ما أعطاه، وإن شاء فداه، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: بالاستحسان، ثم رجع إلى القياس، وقال: بأن عليه الدية.

قالوا: وهذا من المسائل التي رجع أبو يوسف رحمه الله فيها من الاستحسان إلى القياس، وهي ثلاث مسائل: أحدها: هذه، والثانية: وهو أن الرهن بمهر المثل، هل يصير رهنًا بالمتعة، إذا ورد الطلاق قبل الدخول؟ فالقياس أن لا يصير رهنًا بالمتعة محبوسًا به، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الآخر، وفي الاستحسان: يصير رهنًا، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله.

والثالثة: مسألة ذكرها في كتاب الصلاة وغيرها، وهو أن المصلي إذا تلا آية السجدة في الركعة الأولى وسجدها، ثم تلا تلك السجدة بعينها في الركعة الثانية، هل يلزمه أن يسجد أخرى؟ فالقياس أن لا يسجد لها أخرى، وهو قول أبي يوسف الآخر، ففي الاستحسان: يسجد لها أخرى، وهو قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله.

وأما وجه القياس في مسألة الديات وهو قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ظاهر، وهو أنه اختار أرش الجراحة، فيكون مختارًا لأرشها، ولا يحدث ههنا قياسًا على ما لو قال: عفوتك عن الجراحة، وعما يحدث منها على قولنا، حتى إذا مات المجروح من ذلك لا يكون على الجارح شيء عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا هذا، والدليل عليه ما لو أعتق العبد وهو عالم بالجراحة، ثم انتقضت الجراحة كان مختارًا للدية؛ لأنه لما أعتق وهو عالم بالجناية اختار أرش الجراحة، فصار مختارًا لأرش الجراحة

ولم يبرأ منها ، كذا هنا .

وأما وجه الاستحسان في ذلك : أن المولى إنما اختار أرش الجراحة بناء على تخيير القاضي ، فإن محمداً وضع المسألة فيما إذا خير القاضي المولى ، فاختار أرش الجراحة ، وتخيير القاضي قد بطل لما مات المجروح من الجراحة ؛ لأنه ظهر أنه خيره قبل البرء ، وتخيير القاضي قبل البرء باطل ، وإذا بطل تخيير القاضي بطل اختيار المولى الذي كان بناء عليه ؛ لأن ما ابتنى على شيء يكون تابعاً له ، فإذا بطل الأصل بطل التبع ، وإذا بطل اختيار المولى صار وجود الاختيار وعدمه بمنزلة ، فكأنه لم يختر شيئاً ، ولو لم يكن اختار شيئاً حتى مات العبد ؛ فإنه يخير إن شاء دفع العبد ، وإن شاء فداه بالدية ، فكذا هذا .

وليس هذا كما إذا عفا عن الجراحة ، فإنه يكون عفواً عنها ، وعما يحدث منها ؛ لأن عفو المجني عليه هناك ما كان مبنياً على أمر باطل حتى يقال : إذا بطل ما بني عليه يبطل البناء ، وإنما كان عفواً مبتدأ عن الجراحة ، والعفو عن الجراحة عفو عنها ، وعما يحدث منها عندنا .

فأما في مسألتنا هذه تخيير المولى إنما كان بناء على تخيير القاضي ، وقد بطل تخيير القاضي ؛ فيبطل ما ابتنى عليه قياس مسألتنا من مسألة العفو أن لو قال : اخترت أرش جراحته ابتداء من غير تخيير القاضي . وهناك إذا مات المجروح من الجراحة ، فيصير مختاراً للفداء عند محمد رحمه الله ، وليس كالعتق ، وذلك لأن اختيار الأرش ، إنما ثبت بناء على العتق ؛ لأن الاختيار إنما ثبت في ضمن العتق ، والعتق لم يبطل بموت المجروح ؛ لأن العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ، فلا يبطل ما ابتنى عليه من الاختيار بخلاف ما نحن فيه إلا أن أبا يوسف رحمه الله رجع إلى القياس لقوة وجه القياس ، وذلك لأن اختيار المولى كان بناء على تخيير القاضي إلا أنه لم يبتن عليه ؛ لأن اختيار المولى صح من غير تخيير القاضي ، فإذا كان صحيحاً من غير اختيار القاضي ، صار كأنه اختار أرش الجراحة من غير تخيير القاضي ، ولو اختار من غير تخيير القاضي ، ثم مات المجني عليه ، لم يبطل الاختيار ، كذا هنا .

٩٢٨٥ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» : أمة مأذونة استدانت ، ثم ولدت يباع الولد معها في الدين ، ويسري الدين إلى الولد ، ولو جنت جناية ، ثم ولدت

لا يدفع معها بالجناية، ولا تسري الجناية إلى الولد، وقد ذكرنا الفرق قبل هذا.

١٩٢٨٦ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: مكاتب جنى، ثم عجز، ورده في الرق، فإنه يخير مولاه بين الدفع والفداء، وقد مرت المسألة أيضاً.

١٩٢٨٧ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: عبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه، فقتل العبد ولداً لذلك الرجل خطأً، فلا شيء عليه، هذا هو لفظ هذا الكتاب، وفي الأصل يقول: إذا جنى العبد جناية، وأقر ولي الجناية أن العبد حر، وجعل المسألة على ثلاثة أوجه: إما إن أقر ولي الجناية أن العبد حر الأصل، أو أقر أنه حر، أو أقر أن مولاه أعتقه، فإن أقر أنه حر الأصل، فلا ضمان لولي الجناية لا على العبد، ولا على المولى: أما لا ضمان له على المولى لأنه زعم أن وقت الجناية كان حراً، ولم يكن مملوكاً للمولى، وموجب جناية الحر على غيره حالة الخطأ لا تجب إلا بحكم العقل، فقد أقر ببراءة المولى، وادعى الضمان على العبد، وعلى عاقلته، ولم يثبت ما ادعى لما لم يصدقوه في ذلك، ويبقى العبد مملوكاً على حاله؛ لأن إقراره بالحرية حصل وهو أجنبي من العبد، فلم يصح إقراره كمن أقر بحرية عبد الغير من الأصل، وكذبه المولى في ذلك، فإن العبد يبقى مملوكاً على حاله، فكذلك هنا.

وكذلك الجواب إذا أقر أنه حر؛ لأن الإقرار بحرية مطلقة إقرار بالحرية من الأصل؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من الحرية أن يكون حر الأصل، فكل جواب عرفته ثمة، فهو الجواب هنا.

فأما إذا أقر أنه أعتقه المولى إن أقر أنه أعتقه قبل الجناية، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر أنه حر الأصل؛ لأنه زعم أنه كان حراً وقت الجناية ولم يكن مملوكاً للمولى.

وإن أقر أنه أعتقه بعد الجناية، فقد أقر ببراءة العبد، وادعى على المولى الفداء، إن ادعى أنه لم يكن عالماً ادعى على المولى ضمان القيمة، وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة، فيكون القول قول المولى مع يمينه، وعلى ولي الجناية إقامة البينة؛ لأنه ادعى عليه دعوى صحيحاً، وفي المسألتين الأوليين لا يدعي على المولى ضماناً، فلا يكون بين ولي الجناية وبين المولى خصومة، ويكون العبد رقيقاً على حاله؛ لأنه أقر بحريته والعبد ملك الغير، هذا إذا كان الإقرار من ولي الجناية قبل الدفع، فأما

إذا كان الإقرار من ولي الجناية بعد الدفع إليه إن أقر أنه حر الأصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد، إلا أن العبد يعتق؛ لأن الإقرار بحرية الأصل حصل والعبد في ملكه، ولا يكون لأحد على العبد ولاء[1]؛ لأن ولي الجناية زعم أنه لا ولاء له، ومولى العبد زعم أن الولاء للمولى إلا أن المولى يبرأ من ذلك.

وإن أقر أنه كان أعتقه قبل الجناية فإنه يحكم بحريته؛ لأنه أقر بحريته والعبد في ملكه ويكون ولاؤه موقوفًا؛ لأنه أقر بولائه لمولى العبد، ومولى العبد يبرأ من ذلك، وأقر بولائه ولي الجناية، فإنه زعم أنه عتق من جهته، فيكون ولاؤه موقوفًا في هذا الفصل - والله أعلم -

١٩٢٨٨- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": رجل قال لعبدين له: أحدكما حر، ثم جاء رجل، وشج كل واحد من العبدين شجة، أو قطع يد العبدين، يجب عليه أرشهما للمولى، ويجب أرش الرقيق لا أرش الحر، ولو قتلهما جميعًا يجب قيمة عبد ودية حر، وإن كان القاتل اثنين يجب عليهما قيمة عبدين.

وحاصل هذا الفرق يرجع إلى معرفة صفة البيان في الإيجاب المبهم، فنقول: صفته أنه إنشاء من وجه إظهار من وجه؛ لأن الإيجاب نازل من وجه دون وجه؛ لأن قوله: "أحدكما حر" نكرة في الأصل؛ لأن أحدًا اسم نكرة معرفة باعتبار الإضافة؛ لأنه أضافه إليهما وهما معرفان، والإضافة إلى المعرف معرفة، فكان نكرة من وجه معرفة من وجه، فكان الإيجاب المبهم نازلا من وجه دون وجه، فكان البيان إنشاء من وجه إظهار من وجه، وكل تصرف يبطل به محلية الإنشاء داخل بأحدهما يوجب تعيين الآخر للعتق؛ لأنه لا يتصور البيان بعده بوصفين، بوصف أنه إنشاء، وبوصف أنه إظهار، والمشروع بوصفين لا يقوم بوصف واحد.

وعن هذا قلنا: إنه إذا مات أحدهما، أو باع المولى أحدهما، أو وهب أو تصدق، أو وطئ إحدى الجاريتين يتعين الآخر للعتق؛ لأن البيان يتصور بعده بوصفين: بوصف أنه إنشاء، وبوصف أنه إظهار، وبقطع اليد والشجة لا يفوت محلية الإنشاء، فلا يتعين أحدهما للعتق، بل يبقى منكرًا، ألا ترى أن بعد هذا القطع يجبر

(١) وفي م: "لا" مكان "ولاء".

المولى على البيان؛ وإذا قطع يداهما فقد قطع عبد كل واحد منهما، وكل واحد منهما عبد بعينه، فيجب قيمة اليدين، ويجب للمولى؛ لأن العتق لم يتعين حتى يجب له أرش يد الحر، ونسبة العتق لا يظهر في حق البيان، فيبقى الأرش سالمًا للمولى. فأما إذا قتلهما جميعًا فبالقتل يفوت محلية البيان فلا بد وأن يتقدم زهوق أحدهما على الآخر، وعند ذلك يتعين الحي للحرية، فصار قاتلا عبدًا وحرًا، فتجب قيمة عبد ودية حر. وإن قتلهما رجلان، وكل واحد قتل شخصًا معينًا، والعتق لم يتعين أصلا، فيجب عليهما قيمة العبد. والله أعلم.

١٩٢٨٩ - قال محمد رحمه الله في الجامع الكبير: وإذا قال الرجل لعبدين له في صحته: أحدكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلا خطأ، فالقاضي يجبر المولى على البيان؛ لأن الجناية لم تبطل ملكه ولا خياره، فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الجاني بين الدفع والفداء؛ لأن الجاني صار خالصًا بحكم الجناية، وحكمها التخيير بين الدفع والفداء. وإن أوقع العتق على الجاني صار مختارًا للفداء في الجاني؛ لأنه قادر على إيقاع العتق على غير الجاني، فصار بإيقاع العتق على الجاني معجزًا نفسه عن الدفع عن اختيار مع العلم بالجناية، فصار مختارًا للفداء كما لو نجز العتق في الجاني ابتداءً مع العلم بالجناية.

وفرق بين هذا وبينما إذا باع عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمال في مدة الخيار، بأن قتل رجلا خطأ، فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصر مختارًا للفداء، وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية.

والفرق وهو أن التصرف المعجز عن الدفع إنما يجعل اختيارًا للفداء إذا صدر التصرف عن اختيار، وههنا البائع غير مختار في الإجازة، بل هو مضطر فيها؛ لوصول إلى الثمن متى وجد البيع أنفذ في حقه، وكذلك المشتري محتاج إلى رفع العقد بالفسخ ليتخلص عن الحق متى ظهر أن الساعة لا تمتنع منه فكان مضطرًا في ذلك، والتصرف الصادر عن اضطرار لا يكون دليل اختيار الفداء كما لو أكرهه السلطان على بيع العبد الجاني. أما هنا كان متمكنًا من إيقاع العتق على غير الجاني من غير أن يلحقه ضرر، فصار بإيقاع العتق على الجاني عن اختيار مختارًا للفداء في الجاني؛ فافترقا.

ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلاً خطأً بعد عتق المبهم، ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء في العبد الآخر، وعليه قيمة العبد الذي أوقع فيه لولي الجناية يريد به إذا كانت قيمته أقل من الدية، ولم يصر مختاراً للفداء بصرف العتق إلى الجاني بخلاف المسألة الأولى.

والفرق أن في المسألة الأولى قادر على صرف العتق إلى غير الجاني، فصار بصرف العتق إلى الجاني عن اختيار مع العلم بالجناية مختاراً للفداء. أما هنا لا يقدر على صرف العتق إلى غير جانٍ؛ لأن كل واحد من العبدين جانٍ، فكان مضطراً في صرف العتق إلى الجاني، وهذا لا يصلح دليلاً على اختيار الفداء، ومتى لم يصر مختاراً للفداء صار مستهلكاً للعبد؛ لأنه أعجز نفسه عن الدفع على وجه لم يصر مختاراً للفداء فصار مستهلكاً، والاضطرار[1] لا يمنع حكم الاستهلاك، فيغرم الأقل من قيمته ومن الدية، كما لو باع المولى العبد الجاني وهو لم يعلم بالجناية.

١٠٣٩٠ – فرق بين هذا وبينما لو طلق إحدى امرأتيه في صحته ثلاثاً، ثم مرض مرض الموت، فأجبر على البيان، فأوقع ذلك على إحداهما، فإنه يصير فاراً، وإن كان مضطراً في البيان.

والفرق وهو أن حكم الفرار إنما ثبت باعتبار الظلم بإبطال حق الورثة، وكون الإبطال ظلماً يعتمد العصمة، وكونه مضطراً في إبطال حق الغير لا يبطل العصمة، ولو أنه اضطر أو أتلف مالاً معصوماً للغير ضمنه، وإذا ثبت العصمة بعد الضرورة، كان الإبطال ظلماً، فثبت حكم الفرار، فأما فيما نحن فيه فلم يوجد منه تصرف العتق إلى هذا العبد الذي أوقع العتق فيه، إلا تفويت الموجب الأصلي وهو الدفع، وذلك ليس بظلم منه، ووجوب الدية عند اختيار الفداء ليس لكونه ظلماً بل لاختياره ذلك، والاضطرار مما ينافي الاختيار، فلم يصر مختاراً للفداء.

وكذلك لو كانت جناية أحد العبدين قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأً كان الجواب كما قلنا؛ لأنه مضطر في صرف العتق إلى الجاني؛ لأنه لا يقدر على أن يصرفه

(١) في ط: الإضرار.

إلى غير الجاني. ولا ينظر إلى الأقل والأكثر هنا؛ لأن الإنسان قد[1] يمنع من اختيار الأرش لأحدهما، وإن كان حقه أقل من حق الآخر لعامه بخصومته، ولأنه لا يسامحه في ذلك، وقد يسامحه حتى يكون حقه أكثر، فإذا لم ينظر إلى التفاوت كان هذا ومن لو أنفق أرش الجناية على السواء. ولو قال في صحته لعبدين له قيمة كل واحد منهما ألف: أحدكما حر، ثم قتل أحدهما رجلا خطأ، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته؛ لأن البيان قد فات بموت المولى، والعتق المبهم يشيع بموت البيان؛ وللمجني عليه في مال المولى قيمة الجاني يريد به إذا كانت قيمته أقل من الأرش تعتبر من جميع ماله، ولا يصير المولى مختاراً للفداء؛ لأن نزول العتق في نصف الجاني لشيوع العتق فيهما عند موت البيان، ليس من صنع المولى، ولا يتحقق الاختيار بدون صنعه لكن تعذر دفع الجاني بنفوذ العتق في نصفه، وذلك مضاف إلى الكلام السابق الحاصل منه قبل الجناية، ولهذا اعتبر العتق من جميع المال، فكان الامتناع عن الدفع مضافاً إلى صنعه صنعا لا يصلح دلالة اختيار الفداء لاستحالة أن يصير الكلام الموجود قبل جناية العبد دليل اختيار الفداء، ولما كان امتناع دفع العبد مضافاً إلى صنعه على وجه لم يصر مختاراً للفداء صار مستهلكاً للعبد، فيلزمه حكم الاستهلاك، ويكون ذلك من جميع ماله؛ لأنه لزمه بسبب معاين وجد منه حالة الصحة، ولو لزمه بسبب معاين في حالة المرض يستوفى من جميع ماله، فهذا أولى.

ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ، والمسألة بحالها سعى كل واحد من العبدين في نصف قيمته، ولكل واحد من المجني عليه في مال المولى قيمة العبد الذي جنى عليه، ولم يصر المولى مختاراً للفداء؛ لأن في هذه المسألة لو أوقع المولى العتق على أحدهما لم يصر المولى مختاراً للفداء لكونه مضطراً في ذلك، فلأن لا يصير مختاراً للفداء هنا، وقد شاع العتق بغير فعله كان أولى.

١٩٢٩٦ - وهذا الذي ذكرنا كله إذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية. أما إذا كان إيقاع العتق المبهم بعد الجناية، فقال رجل له عبدان قيمة كل واحد

(١) وكان في ظ: فلما مكان قد.

منهما ألف، فقتل أحدهما قتيلا خطأ، ثم قال المولى في صحته: أحدكما حر وهو عالم بالجناية، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، ويصير المولى مختارًا للفداء في الجاني؛ لأن المولى عند ترك البيان في هذه المسألة، صار معتقًا نصف الجاني بإعتاق وجد منه بعد الجناية مع العلم بالجناية، والإعتاق بعد الجناية مما يصلح اختيارًا للفداء فصار مختارًا للفداء إذ عتق البعض عتق الكل في حق اختيار الفداء سواء بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك يصير معتقًا نصف الجاني بإعتاق[1] وجد منه قبل الجناية، وهذا لا يصلح دليل اختيار الفداء، أما هنا بخلافه.

ثم إذا صار مختارًا للفداء، فمقدار القيمة يعتبر من جميع المال؛ لأن هذا القدر كان واجبًا عليه من غير اختياره على وجه لا محيص له عنه؛ لأنه كان يدفعه، أو يفديه لامحالة، فأما الفضل على ذلك إلى كمال الدية، فإنما لزمه باختياره، وهو ترك البيان بغير عوض، فكان بمنزلة التبرع، وقد حصل حالة المرض، فيعتبر من الثلث.

١٩٣٩٢- فرق بين هذا وبينما إذا قال الرجل لغيره في صحته: ما ذاب لك على فلان، فهو علي، ثم ذاب والكفيل مريض، فذلك يعتبر من جميع المال.

والفرق وهو أن الكفالة وإن كان تبرعًا إلا أنها نفذت في حالة الصحة ولزمت، ولهذا لا يقدر الكفيل على إبطالها قبل أن يذوب من غير رضاء المكفول به.

وإذا نفذ هذا التبرع في حالة الصحة، صار هذا بمنزلة مال واجب في حال الصحة، فيعتبر من جميع المال، فأما هنا قوله: أحدكما حر مع العلم بالجناية لم يقع اختيارًا نافذًا لازمًا، فإن للمولى أن يصرف هذا الكلام إلى غير الجاني، وإنما يصير اختيارًا للفداء نافذًا حين أيس عن البيان، وذلك في آخر جزء من أجزاء حياته، فكان الاختيار منه موجودًا في حالة المرض، واعتبر من الثلث، فبهذا افترقا.

وإن جنى كل واحد من العبدين جناية وباقي المسألة بحالها، سعيا على الوجه الذي وصفنا، وصار مختارًا للفداء في الجانيين؛ لأنه صار معتقًا نصف كل واحد منهما بكلام وجد منه بعد جنايتهما مع علمه بجنايتهما، وإعتاق البعض في حق اختيار الفداء

---

(١) هكذا في ط، وكان في غيرها "اعتبار".

بمنزلة إعتاق الكل ، ولكن يجب دية واحدة في مال المولى وقيمة أحد العبدين ، ويكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة إلى تمام الدية الأخرى ، تعتبر من ثلث المال ، وإنما كان هكذا ؛ لأنه لما قال في حالة الصحة ، أحدكما حر وقد جنى كل واحد من العبدين جناية ، صار مختار الجناية أحدهما لامحالة إلى أيهما صرف العتق ، ونفذ هذا الاختيار منه في حالة الصحة ، وتوقف نفاذ اختياره في حق الآخر ، فإذا بلغ آخر جزء من أجزاء حياته ، ووقع اليأس عن البيان وصار معتقاً نصف كل واحد منهما لكلام وجد منه بعد الجناية صار مختاراً للفداء في حق الآخر في آخر جزء من أجزاء حياته ، فصار متبرعًا بما زاد على القيمة إلى تمام الدية ، فيعتبر ذلك من ثلث المال ، ثم ما وجب من جميع المال ، وما وجب من ثلث المال يكون بين وليي الجناية نصفين ، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر .

١٩٢٩٣ - قال في « الجامع » : رجل له عبدان سالم وبديع ، فقتل سالم رجلاً خطأ في صحة المولى ، فقال المولى : أحدكما حر ، ثم قتل بديع رجلاً آخر في صحة المولى ، ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه ، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ، ولزم المولى الفداء في قتل سالم ؛ لأنه صار معتقاً نصفه عند شيوع العتق فيهما بإعتاق وجد منه بعد جناية سالم مع العلم بالجناية ، وهذا منه اختيار للفداء إلا أن قدر قيمة سالم من الدية تعتبر من جميع المال ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية ، يعتبر من الثلث ؛ لأن ما زاد على قيمة سالم ، إنما لزمه باختياره الفداء لترك البيان في آخر جزء من أجزاء حياته ، فيعتبر من الثلث ، ولم يلزمه الفداء في قتل بديع ؛ لأنه أضاف عتق البعض بإعتاق موجود قبل جنايته ، وهذا لايصلح لاختيار الفداء على ما مر ، لكن عجز عن دفع بديع بحكم شيوع العتق فيهما بإعتاق لايصلح لاختيار الفداء في حق بديع ، فيصير به مستهلكًا لبديع ، فيجب قيمة بديع ، ويعتبر من جميع المال ؛ لما مر .

ولو أن المولى لم يمت ، ولكن المولى أوقع العتق على سالم ، صار مختاراً للفداء في قتل سالم ؛ لأن عند البيان صار معتقًا إياه بكلام وجد منه بعد جناية البديع ، وهو دليل على اختيار الفداء ، وإن أوقع المولى العتق على بديع ، فعليه قيمة البديع ؛ لأنه لما بين العتق فيه صار معتقًا له لكلام وجد منه قبل جنايته ، فلا يجوز أن يصير به مختاراً

للضمان، ولا يصير مختارًا للفداء بالبيان؛ لكونه مضطرًا في البيان، فإنه لا يتمكن من صرف الجناية إلى أيهما صرفه، وإذا لم يصر مختارًا للفداء في حق الذي صار مستهلكًا له، يلزمه قيمته.

١٩٢٩٤- قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: عبد لرجل أعتق، فقال لرجل: قطعت يدك خطأ وأنا عبد، فقال الرجل: لا، بل قطعتها وأنت حر، فالقول قول العبد إذا علم أنه كان عبدًا معروفًا فأعتق؛ لأن العبد أضاف الفعل إلى حالة معهودة، وتحت هذه الإضافة إنكار الضمان؛ لأن الفعل خطأ في حالة الرق لا يوجب الضمان على العبد بحال من الأحوال، وقول الإنسان مقبول في إنكار الضمان، فكذا في إضافة تحتها إنكار الضمان، وإذا قبل قوله في الإضافة وأنه في تلك الحالة لا يوجب الضمان على العبد كان هو بهذه الإضافة منكرًا للضمان، والقول قول المنكر -والله أعلم-.

١٩٢٩٥- قال فيه أيضًا: وإذا أعتق الرجل أمته، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت: لا، بل قطعتها بعدما أعتقتني، فالقول قولها في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمهما الله، وعلى المولى أرش اليد.

وقال محمد رحمه الله: القول قول المولى، ولا شيء عليه، ذكر المسألة هنا في الأمة.

وفي «الزيادات» ذكرها في العبد، وعلى هذا الاختلاف إذا قال: أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدي، وقال العبد: لا، بل أخذته بعد العتق.

وعلى هذا الاختلاف إذا أسلم الحربي أو صار ذميًا، فقال له رجل مسلم: قطعت يدك وأنت حربي، أو أخذت مالك كذا وكذا وأنت حربي في دار الحرب، فقال الحربي: لا، بل فعلت بعدما أسلمت، أو قال: بعدما صرت ذمة في دار الإسلام، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القول قول الحربي، والمسلم ضامن، وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله: القول قول المسلم، ولا ضمان عليه.

ولو أسلم الحربي، فقال لرجل مسلم: قطعت يدك وأنا حربي في دار الحرب، أو أخذت من مالك كذا وأنا حربي في دار الحرب، وقال المسلم: فعلت ما فعلت وأنت مسلم في دار الإسلام، ذكر في كتاب الإقرار من «الأصل»: أنه على هذا الاختلاف.

وأجمعوا على أن المال لو كان قائماً في يد المقر في هذه المسائل أن القول قول المقر له، ويؤمر المقر برد المال عليه.

وأجمعوا على أنه إذا قال لجارية بعد ما أعتقها: وطئتك قبل العتق، وقالت الجارية: لا، بل بعد العتق، أن القول قول المولى، ولا ضمان عليه.

وأجمعوا على أنه إذا قال لعبده بعد ما أعتقه: أخذت منك ضريبة كل شهر عشرة دراهم وأنت عبدي، وقال العبد: أخذت ذلك بعد العتق، فالقول قول المولى، ولا ضمان عليه.

وأجمعوا على أن من أعتق عبداً له، ثم قال العبد لرجل آخر: قطعت يدك وأنا عبد، وقال ذلك الرجل: لا، بل بعد ما أعتقت، إن القول قول المقر، ولا ضمان عليه، وقد ذكرنا هذه المسألة مع الحجج في كتاب الإقرار من هذا الكتاب - والله أعلم -.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: عبد قطع يد رجل عمداً، فدفع العبد إليه بقضاء، أو بغير قضاء فأعتقه، ثم مات المقطوع يده من ذلك، فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد العبد على مولاه، ويقال للأولياء: إما أن تقتلوا أو تعفوا، وهي[1] مسألة المعروفة.

وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب: هذه المسألة في صورة أخرى، فقال في رجل قطع يد رجل عمداً، فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد فدفعه، وأعتقه المقطوعة يده، ثم مات في ذلك، فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد على مولاه، وقيل للأولياء: إما أن تقتلوا أو تعفوا، فاتفق الجواب واختلف السؤال، وهذه المسألة والأولى حجة على أبي حنيفة رحمه الله في مسألة العفو عن الشجة.

قال الشيخ الإمام علي البزدوي: وقد أجاب بعضهم بأجوبة فاسدة، قال بعضهم: المسألة موضوعة في الجناية يعني الصلح وقع عن الجناية، لا عن القطع، وإنما أخذ هذا من قوله العبد صلح بالجناية، والصلح عن الجناية صلح عن موجب القتل كما هو صلح عن موجب القطع كالعفو إلا أن هذا التأويل باطل؛ لأنه لو كان كذلك لصح الصلح، أعتقه أو لم يعتقه، ولما فصل وقال للأولياء القصاص: إذا لم يعتقه، ولأن هذا

---

(١) هكذا في م، و... وكان في ... مكان ... في الأصل وهذه المسألة

التأويل باطل .

وقال بعضهم : إن هذا صلح فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ، فأوجب الملك ، فصح إعتاقه ، وهذا فاسد أيضاً ؛ لأن هذا الصلح باطل أصلاً عنده ؛ لأنه لو كان موجباً فاسداً للملك وجب على المعتق قيمة العبد الذي أعتقه رداً للفساد ، وأوجب على الآخر الدية ، ولكان إذا لم يعتقه رد العبد[١] ، ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا بد للفاسد من أن يصير شبهة .

والجواب الصحيح أن يقول : بأن الدفع في المسألة الأولى باطل عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأنه دفع بالقطع الذي كان موجبه الدية أعني به دية العبد ؛ لأن طرف العبد لا يقطع بطرف الحر ، ولا بطرف العبد عنده ، ولما سرى إلى النفس ومات ظهر أن القطع السابق كان قتلاً ولم يكن قطعاً ، فظهر أن دية العبد لم يكن واجبة ، وظهر أن الدفع كان باطلاً ، لكن المقطوعة يده إذا أعتقه مع علمه أنه إذا سرى بطل الدفع ، وبطل إعتاقه ، كان ذلك دلالة على ابتداء الصلح عن رقبة العبد بما يحدث تصحيحاً ؛ لما قصده وتحقيقاً له ؛ لأن الظاهر أن العاقل يقصد بكلامه الصحة ، فيجب حمله على الصحة ما أمكن ، والإمكان ثابت من هذا الوجه ، فإنه لو نص على هذا صح إذا رضي المولى ، والمولى راضي دلالة ؛ لأنه لما رضي بدفع هذا القدر من المال بدلاً عن القليل ، ففي كثير أولى ، فيجعل الإعتاق دلالة على ابتداء الصلح من هذا الوجه ، فإذا عدم عدمت هذه الدلالة ، فهذا معنى قول محمد رحمه الله : إن العبد صلح بالجناية ، وكذلك في المسألة الثانية إن أعتقه كان دلالة على ابتداء الصلح ، والجاني راضي بذلك دلالة من الوجه الذي مرّ ، فانعقد صلح مبتدأ ، فإذا عدم هذا ، فقد عدمت الدلالة .

فإن قيل : الدفع في المسألة الأولى والصلح في المسألة الثانية إن بطل بالسراية بظاهره وصورته ، لم يورث شبهة في القصاص حتى يمنع القصاص .

قلنا : الدفع ليس بتصرف مبتدأ ، بل هو تسليم للواجب ، فإذا بطل الواجب بطل التسليم ضرورة ، فلا يبقى ما يورث شبهة ، وأما في مسألة الصلح فقال بعض مشايخنا : لا يعرف لهذا تأويلاً إلا أن يجعل جواب هذا الكتاب على القياس على قول أبي حنيفة

(١) هكذا في ظ وف وم ، وكان في الأصل "رد العبد صحيح" .

رحمه الله: إنه يجب القصاص.

وفي الاستحسان: يجب الدية كما قال فيمن به القصاص في الطرف: إذا عفا عن اليد، ثم مات من ذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يجب على القاتل القصاص قياساً لا يعتبر العفو مورثاً للشبهة. وفي الاستحسان: تجب الدية دون القصاص يعتبر العفو مورثاً للشبهة، ففي الصلح يجب أن يكون كذلك، إذ لا يعرف بينهما فرق.

ومنهم من قال: هذا الصلح لا يورث شبهة عنده، بخلاف ما إذا وقع العفو عن اليد، ثم سرى.

والفرق أن هناك الحق كان ثابتاً في اليد من حيث الظاهر، فصح عفوه من حيث الظاهر، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة، ووجوده يكفي لمنع وجوب القصاص؛ لأنه عقوبة، والعقوبات تمتنع وجوبها لوجود صورة العفو، أما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث يصالح عنها على مال، وإذا كان الصلح لا يبطل الجناية، بل يقررها لا يمنع وجوب العقوبة، فيجب القصاص - والله أعلم -.

١٩٢٩٦ - وقال محمد رحمه الله في الكتاب - في مكاتب يقتل عبده عمداً لا قود فيه. وفي المسألة عبارتان يقتل عبده، ويقتل عبده، وأما في الأولى - إنه لا قود فيه؛ لأن للمكاتب ملك في كسبه في حق كل تصرف يحتاج المكاتب إليه ليؤدي بدل الكتابة فيعتق، ولو كان مملوكاً له من كل وجه لا يجب القصاص عليه بقتل، فكذا إذا كان مملوكاً له من وجه لحقوقه بالثابت من كل وجه في باب العقوبات، هذا إذا قتل المكاتب عبداً من كسبه، وكذلك إذا قتل غير المكاتب عبداً لمكاتب عمداً لا قود فيه؛ لأن العبد المقتول من كسب المكاتب مملوك المكاتب من وجه، ومملوك المولى من وجه حتى لو تزوج المولى أمة من كسب المكاتب لا يجوز، كالمكاتب ولو تزوج والملك من وجه لا يكفي لثبوت ولاية القصاص، فلا تثبت ولاية الاستيفاء لا للمكاتب ولا للمولى.

وإن اجتمعا عليه لا يملكان أيضاً؛ لأنه اشتبه المولى؛ لأنه لا يدري أن المولى من هو منهما، وقد نص في كتاب العتاق في عبد المكاتب، أو ابنه يقتل أنه لا قصاص عليه. وعلل فقال: فإني لا أدري أنه للمولى، أو للمكاتب بينته ما ذكرنا.

أو نقول: بعبارة أخرى. فالعبد في الابتداء ملك المكاتب، وهو أحق به فيقدر

عن أداء بدل الكتابة لحاجته إلى ذلك، ومع هذا للمولى فيه ضرب حق على خلاف القياس. والقياس أن لا يكون له حق (1) إذا لم يكن فاضلاً عن حاجة العبد، إذ حاجة العبد مقدمة، وفي الانتهاء صار ملك المولى من وقت وجود الكسب؛ لأنه كان ثابتًا في الكسب بطريق الضرورة مع قيام المنافي وهو الرق والضرورة، فيكون عدمًا فيما وراء الضرورة. فإذا قتل العبد عمدًا، وموجبه القود خرج العبد من أن يكون صالحًا لأن يبدل، فظهر أن الملك لم يكن ثابتًا للمكاتب فيه؛ لأنه ظهر أن لا تندفع به حاجته إلا أنه لا يعرف هذا إلا باتصال الموت، فيثبت بطريق الاستناد كمرض الموت، فهذا معنى قولنا: إنه في الابتداء ملك المكاتب والانتهاء ملك المولى، فإن اعتبرنا الابتداء تكون الولاية للمكاتب، وإن اعتبرنا الانتهاء تكون الولاية للمولى، فإن اعتبرنا كليهما تكون الولاية لواحد منهما، ولا ندري أن العبرة في هذا الباب للابتداء أو للانتهاء أم لهما جميعًا، فاشتبه الولي من هذا الوجه، فلا يمكن إثبات الولاية لا لواحد منهما ولا لهما.

وأما إذا قتل ابنه عمدًا فلا قصاص فيه أيضًا وإن اجتمعا عليه؛ لأن ابن المكاتب ملك المولى، ويكون في معنى العبد مكاتبًا للمولى، فهو مثل الأب في حق الكسب (2) حتى يكون أكسابه للابن للأب لا للمولى، فنزل المكاتب في تغيره العبد المرهون إذا قتل، فلا قصاص فيه وإن اجتمع الراهن والمرتهن؛ لأنه في الابتداء ملك الراهن، لكنه متى قتل، ووجب به القصاص صار تاويًا، وصار المرتهن؛ لأنه صار مستوفيًا للدين حقيقة إذا اتصل به الهلاك عندنا، فصار ولي القصاص مشتبهًا، ونظيره ما ذكرنا في مسألة العبد قبل هذا.

ونظيره العبد المبيع إذا قتل قبل القبض، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا قصاص فيه على القاتل، سواء أجازه المشتري أو نقضه؛ لأن الملك في الابتداء كان للمشتري، وللبائع يد مثل يد الراهن، وبالقتل بطل ملك المشتري من الأصل، وصار للبائع، فاشتبه الولي.

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن المشتري إذا أجازه، فله أن

---

(1) هكذا في ط، وكان في الأصل وف وم "أن يكون له حق".

(2) هكذا في ط، وكان في الأصل وف وب "الكتاب".

يستوفي القصاص إذا أدى الثمن؛ لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة بخلاف الرهن. وإن فسخ البيع، فللمولى أن يستوفي القصاص إن شاء؛ لأن العقد انفسخ من الأصل، فصار كأن لم يكن، ولهذا كانت الزوائد للبائع.

ونظيره رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى المضارب بها عبدًا يساوي ألفي درهم، فقتل عمدًا، فلا قصاص فيه؛ لأنه مشترك في الابتداء، وفي الانتهاء يبطل حق المضارب إذا لم يخلص رأس المال.

ولو اشترى ببعض الألف عبدًا يساوي ألفًا، ورأس المال ألف، فقتل عمدًا، فلا قصاص فيه؛ لأنه في الحقيقة ملك رب المال، وفي التقدير للمضارب فيه حق الملك.

وذكر في «الزيادات»: في رجل كفل بالعبد الذي ادعاه رجل، وجحده المدعى عليه، وأقام البينة، وقد أبق العبد، فقضى القاضي له بالضمان، وقد كان يخير أخذ الأصيل، فقبل أن يقبض الطالب شيئًا، قتل العبد عمدًا، ثم إن الطالب ضمن أحدهما حتى صار العبد ملكًا للضامن من وقت سبب الضمان، ولم يجب[1] القصاص فيه؛ لأن العبد في الابتداء كان ملكًا لهما لكونهما سواء عند التعارض، ثم تعين لأحدهما في الانتهاء، فأشبه ولي العبد.

وذكر في كتاب الوصايا: في العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر قتل عمدًا أنه لا قصاص فيه إلا أن يجتمعا، فيقتص لهما بخلاف ما تقدم من المسائل؛ لأن القصاص لمالك الرقبة لا لمالك الخدمة، فكان الولي متعينًا وهو الموصى له بالرقبة إلا أن صاحب الخدمة يتضرر به؛ لأنه ينتفع بذلك إذا اصطلحوا، فشرط رضاه لهذا، فإذا اجتمعا، فقد وجد الرضا، فملك صاحب الرقبة الاستيفاء. فأما فيما سبق فالولي مشتبه في الأصل.

١٩٢٥٧ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: عبد أذن له في التجارة، فلحقه دين ألف درهم، ثم إنه جنى جناية خطأ، ثم أعتقه مولاه، فهذا على وجهين: إما إن علم المولى بالجناية، أو لم يعلم، فإن علم، فعليه الأرش لأصحاب الجناية، وعليه قيمة العبد للغرماء، وذلك لأنا نعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد. ولو كان على

(١) هكذا في ظ، ب، م، وكان في الأصل: «لم يجز» مكان «لم يجب».

العبد جناية لا غير ، وأعتقه المولى وهو عالم بالجناية ، فإنه يصير مختارًا للفداء على ما مر ، فكذا حالة الاجتماع ، وفي الدين يعتبر أيضًا حالة الاجتماع بحالة الانفراد إلا أن المولى لو أعتق عبده ، وعليه دين وهو عالم به ، فإنه يضمن قيمته ، ولا يلزم قضاء الدين ، فكذا حالة الاجتماع . وإن كان لا يعلم بالدين والجناية جميعًا . فأعتقه المولى كان عليه قيمتان : قيمة لأصحاب الجناية ، وقيمة للغرماء ، وذلك لأنه بالإعتاق أتلف حقين حقًا على ولي الجناية ، وهو حق الدفع ، فإنه كان للمولى أن يدفع ، وقد أبطل حق الدفع على ولي الجناية بالإعتاق ؛ لأنه بعد الإعتاق لا يمكنه الدفع ، وأبطل على الغرماء حق البيع ، فإنه يثبت للغرماء حق أن يبيعوا العبد ، ويأخذوا دينهم من ثمنه ، وبالإعتاق أبطل هذا الحق على الغرماء ، فصار ضامنًا لكل واحد منهما قيمة العبد ؛ لأن الحق في إيجاب الضمان معتبر بالحقيقة .

فإن قيل : لا يجوز أن يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة ؛ لأن المولى لا يكون أشقى حالًا من الأجنبي ، ولو قتله أجنبي خطأ ضمن قيمة واحدة ، وإن أبطل حقين حق الدفع على أولياء الجناية ، وحق البيع على الغرماء ؛ لأن المتلف رقبة واحدة ، وإن تعلق به حقان ، فكذا هذا .

قلنا : الأجنبي إنما ضمن قيمة واحدة ؛ لأن الأجنبي ضمن ملك الرقبة للمولى ؛ لأن ملك الرقبة في العبد كان للمولى لا للأجنبي ، ويجوز أن يضمن الإنسان لغيره ، وإذا ضمن ملك الرقبة للمولى في هذا العبد لم يجز أن يضمن الحق فيه لصاحب الحق ؛ لأن الحق في الرقبة ثبت تبعًا للملك ؛ لأن قيام الحق بملك الرقبة في العبد ، وقيام ملك الرقبة ما كان بالحق . فإذا ضمن ما هو الأصل لم يجز أن يضمن التبع كمن ضمن دية النفس لا يضمن الأطراف ؛ لأن الأطراف كانت تبعًا للنفس ، فأما المولى إذا أعتق لم يضمن ملك الرقبة ؛ لأن ملك الرقبة في هذا العبد للمولى ، فلو ضمن ملك الرقبة ، فإنما يضمن لنفسه ، ولا يجوز أن يضمن الإنسان لنفسه شيئًا ، وإذا لم يضمن ملك الرقبة ، ضمن ما في الرقبة من الحق ، وقد أتلف حقين ، فلزمه حقان[1] كما لو أتلف عبدين .

ثم إنما يضمن قيمة العبد لأصحاب الجناية إذا كانت القيمة أقل من الأرش ، فأما

(1) هكذا في ف ، وكان في الأصل وفي م : قيمتان .

إذا كان الأرش أقل من القيمة، فإنه يتخلص عنه بدفع الأرش؛ لأنه كان يتخلص بدفع الأرش حال قيامه؛ لأن حال المملوك في الجناية لا يكون أعلى حالاً من حال الحر، وكذا بعد عتق العبد يتخلص عن جنايته بدفع الأرش.

ثم القاتل إذا كان أجنبياً وغرم قيمة وحده، فالغريم أحق بتلك القيمة؛ لأن القيمة مثلية العبد، والغريم مقدم على الأولياء في ذلك؛ لأن الواجب أن يدفع العبد إلى أولياء الجناية، ثم يباع عليهم حقاً للغرماء، فإذا تقدموا في المالية وجب تسليم القيمة إليهم بخلاف ما إذا كان العبد قائماً لم يعتقه المولى حيث يدفع إلى أولياء الجناية، ثم يخيرون بين تسليم العبد وبين قضاء الدين؛ لأن دفع العبد إليهم، ثم تخييرهم بين البيع والقضاء مفيد؛ لأنه ربما يكون له غرض في البيع دون القضاء، أو في القضاء دون البيع، فأما التخيير بين قضاء الدين وهو ألف وبين تسليم قيمة العبد وهو ألف غير مفيد، فلا فائدة في دفع القيمة إلى أولياء الجناية، ثم التخيير بين القضاء وتسليم القيمة، فلهذا كان الغريم أحق بتلك القيمة، فلهذا افترقا.

١٩٢٩٨- قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: عبد لرجل قتل رجلين عمداً لكل واحد وليان، فعفا أحد وليي الجنايتين من كل واحد منهما معاً، قال: يقال للمولى: ادفع نصفه إلى من بقي، أو افده بعشرة آلاف درهم؛ لأنهما لما عفوا معاً، فقد بطل حق الساكت عن القصاص، وصار كأن القتل كان خطأ، ولو كان هكذا كان حق كل واحد من الأولياء في ربع العبد، أو في نصف الدية، فكذا هنا، فيدفع إلى كل واحد من الباقين ربع العبد، أو نصف الدية من هذا الوجه، فيصير جملة ما يدفع إليهم نصف العبد أو عشرة آلاف درهم كل خمسة آلاف درهم نصف الدية.

١٩٢٩٩- قال في «الأصل»: وإذا قتل العبد قتيلاً له وليان، فعفا أحدهما، فإنه يقال للمولى: إما أن تدفع نصف العبد إلى الساكت، أو افده بنصف الدية، ولا شيء للعافي، وذلك لأن ولي القتيل لو عفوا جميعاً طهر العبد عن الجناية، ولم يكن لهما شيء، ولو لم يعفوا جميعاً كان يقال للمولى: إما أن تدفع العبد إليهما، فيكون بينهما، أو تفديهما بالدية، فيكون بينهما لكل واحد منهما نصف الدية، وإذا عفا أحدهما، ولم يعف الآخر كان لكل واحد منهما حكم نفسه، فلا يكون للعافي شيء، ويكون للساكت

نصف العبد أو نصف الدية، والخيار في ذلك إلى المولى.

وفرقوا بين هذا وبينما إذا قتل العبد قتيلين ولكل واحد منهما ولي، فعفا أحدهما، فإن المولى يتخير بين دفع جميع العبد إلى الثاني وبين الفداء بجميع الدية، وهنا قال: يخير بين أن يدفع نصف العبد إلى الثاني، أو يفديه بنصف الدية، وإنما كان كذلك؛ لأن المقتول متى كان اثنان فقد استحق كل واحد من وليي القتيل جميع العبد بكماله، ألا ترى لو اختار الفداء فإنه يفدي كل واحد من وليي القتيلين بجميع الدية، وإنما رجع حق كل واحد منهما إلى النصف للمزاحمة، فإذا زالت مزاحمة الآخر بالعفو، كان للثاني جميع العبد هنا، كما قالوا فيمن أوصى بعبده لرجل، ثم لآخر، ثم رد أحدهما الوصية كان جميع العبد للآخر، وكدار بها شفيعان سلم أحدهما الشفعة قبل أن يقضي بالدار بينهما كان للآخر جميع الدار.

فأما إذا كان المقتول واحداً، فقد صار جميع العبد حقاً للمقتول بكماله أو الدية، فإذا مات، واختار المولى الدفع صار العبد ميراثاً بين الوارثين نصفين على الشركة، فإذا عفا أحدهما بقي حق الآخر في النصف كمن أوصى بعبده لرجلين، ثم رد أحدهما فللآخر النصف، فكذا هذا، وكما في مسألة الشفعة إذا سلم أحدهما بعد ما قضى القاضي بالدار بينهما. والله أعلم.

١٩٣٠ - ولو قتل قتيلاً، وفقأ عين آخر، فهذا على وجهين: إما أن يكون ذلك عمداً أو خطأ، فإن كان عمداً، قيل للمولى: ادفعه إن شئت إلى المفقوءة عينه وإن شئت فافده؛ لأن لا قصاص بين العبد والحر فيما دون النفس عمداً كان أو خطأ، فإذا اختار الفداء فدى المفقوءة عينه بخمسة آلاف، وطهر[1] العبد عن الجناية، فيقتل العبد لولي القتيل، وإن اختار الدفع جاز أولياء المقتول وقتلوا العبد ثم المفقوءة عينه لا يرجع على المولى بشيء؛ لأن العبد وإن استحق من يد ولي الجناية إلا أنه إنما يستحق لا بسبب وجد من جهة المولى، فلا يضمن المولى شيئاً كالمأذون إذا لحقه دين، ثم جنى جناية ودفع المولى العبد إلى ولي الجناية، ثم جاء الغرماء، وبيعوا العبد بدينهم، فولي القتيل لا يرجع على المولى بشيء، وإن استحق العبد من يد ولي القتيل؛ لأنه استحق من يده

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وج، ود: ظهر

لا يصنع وجد من جهة المولى ، فكذا هذا .

١٩٣٠١ - هذا إذا كان عمداً ، وإن كان القتل خطأً ، فإن المولى يخير بين الدفع والفداء لهما ، فإن اختار الفداء ، فدى العبد بخمسة عشر ألفاً ، عشرة آلاف لولي القتيل ؛ لأن حقه في النفس ، وقيمة النفس عشرة آلاف ، وخمسة آلاف للمفقوءة عينه ؛ لأن العين من الآدمي نصفه ؛ وإن اختار الدفع كان العبد بينهما أثلاثاً ، ثلثاه لولي القتيل وثلثه للمفقوءة عينه ، وذلك لأن العبد صار مستحقاً لولي القتيل بإزاء النفس ، وللمفقوءة عينه بإزاء العين ، وقيمة النفس عشرة آلاف وقيمة العين خمسة آلاف ، فيكون العبد مقسوماً بينهما على قدر حقهما ، وحق ولي القتيل عشرة آلاف ، وحق صاحب العين خمسة آلاف بينهما ، فاجعل خمسة آلاف سهماً واحداً ، فصار عشرة آلاف سهمين ، فصار العبد مقسوماً بينهما أثلاثاً ، ثلثاه لولي القتيل وثلثه للمفقوءة عينه - والله أعلم - .

١٩٣٠٢ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : في عبد لرجل فقأ رجل عينه ، فإن شاء المولى أخذ من الفاقئ قيمة العبد ، وأعطاه العبد ، وإن شاء أمسكه ، ولا شيء له ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن شاء أخذ قيمته وأعطاه رقبته وإن شاء أمسكه وضمنه ما نقصه ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : إن الجناية على أطراف العبد ملحقة بالجناية على الأحرار في حق المقدار إن كانت ملحقة بالجناية على المال في حق أحكام أخر ، ألا ترى أنه لو فقأ عين واحد يضمن نصف قيمة المفقوءة عينه ، ولا يعتبر النقصان حتى لو قال مولى المفقوءة عينه لمولى الجاني : أنا أريد النقصان ليس له ذلك ، وإن كان اعتبار النقصان يفيده بأن كان يزيد قدر النقصان على نصف قيمة العبد ، فكذا في فقء العينين يجب أن يعتبر المقدار ، ويسقط النقصان كما في حق الحر ، وإذا سقط اعتبار النقصان يجب جميع القيمة ، وإنه يتضمن زوال الرقبة عن ملك المولى كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد .

فإن قيل : اعتبار النقصان وإلغاء المقدار في فقء عيني المملوك جائز بعذر ، فإن من فقأ عيني مدبر إنسان ، أو فقأ عيني مكاتب إنسان ، كان للمولى أن يمسك الجثة ، ويضمنه النقصان ، فقد اعتبرنا النقصان ، وألغينا المقدار ، إنما فعلنا هكذا لعذر لاح ، وهو أن المدبر

والمكاتب لا يقبلان النقل، فلو اعتبرنا المقدار دون النقصان تجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، فلهذا العذر اعتبرنا النقصان دون المقدار. وكذلك البائع إذا فقأ عيني المبيع قبل القبض يعتبر النقصان، ولا يعتبر المقدار، وإنما لا يعتبر المقدار لعذر وهو أن لا يؤدي إلى أمر غير مشروع، فإنه لو اعتبر المقدار يسقط جميع الثمن كما يسقط نصف الثمن إذا فقأ عينًا واحدًا، فيؤدي إلى انفساخ العقد في جميع العبد مع بقاء شيء منه، فإنه لا يجوز، والعذر هنا وهو كلاهما(١) في مسألة أن لا تزول الجثة عن ملك المولى من غير رضاه، ولا يلزم إذا فقأ عينًا واحدًا؛ لأنا وجدنا موضعًا ورد الشرع باعتبار النقصان، وإلغاء المقدار في فقء عيني المملوك بعذر، فقسنا المتنازع فيه على ذلك الموضع لتحقق العذر، وأما لم يوجد(٢) موضعًا ورد الشرع باعتبار النقصان، وإلغاء المقدار في عين واحدة، والفارق بين الصورتين ظاهر، وهو أن في اعتبار النقصان في فقء عين واحدة إيجاب الزيادة على نصف القيمة من وجه بغير رضا الجاني على بأن يزداد النقصان على نصف القيمة، وهذا مما لا وجه له، فأما ليس في اعتبار النقصان في فقء العينين(٣) إيجاب زيادة على القيمة بغير رضا الجاني بوجه ما؛ لأن ضمان النقصان لا يبلغ جميع القيمة، فكيف يبلغ أكثر منه، وإذا كان ضمان النقصان دون القيمة، كان اعتبار ضمان النقصان إبراء عن ضمان بعض القيمة، وإنه جائز.

والجواب لأبي حنيفة رحمه الله: أن ما ذكرتم يشكل بفقء عين واحدة، فإن هناك لم يجز اعتبار النقصان وإلغاء المقدار، وإن كان في اعتبار المقدار إزالة ملك المجني عليه عن البعض بغير عوض، بأن كان قيمة الباقي بعد فقء عين واحدة ربع قيمة العبد لا النصف، ولم يصر ذلك عذرًا في إلغاء المقدار، فلأن لا يعتبر زوال الجثة هنا عذرًا في إبطال المقدار، والجثة تزول بكمالها بعوض أولى.

وأما في المدبر والمكاتب فلنا القياس ثمة أن لا يعتبر النقصان حتى لا يبطل

---

(١) هكذا في ظ، م والأصل، وكذا في د: كلاهما.

(٢) هكذا في الأصل وظ، م، وكذا في ط: لم يوجد.

(٣) وفي ظ: العين.

التقدير الثابت شرعاً إلا أنا تركنا القياس ثمة، واعتبر[١] النقصان ثمة من حيث إنه جناية على المالك؛ لأن اعتبار المقدار هناك يؤدي إلى أمر غير مشروع، وهو أن يسلم المولى المدبر جميع قيمته مع بقاء شيء من المدبر على ملكه، وكما في فصل الباقي، فأما هنا لو اعتبرنا المقدار، وأوجبنا جميع القيمة، فليس فيه إلا إزالة الجناية عن ملكه ببدل بغير رضاه، وهذا جائز في الجملة بعذر كما في المضطر إذا أكل طعام الغير، وكما في استيلاء أحد الشريكين الجارية المشتركة، وقد تحقق العذر هنا، وهو أن لا يبطل التقدير[٢] الثابت شرعاً - والله أعلم -.

١٩٣٠٣ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: عبد لرجل قتل رجلاً عمداً، وقتل آخر خطأً، ولصاحب العمد وليان، فعفا أحدهما، قال: إن فداه المولى، فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لولي العمد الذي لم يعف، وعشرة آلاف لولي الخطأ، وإن دفع العبد إليهما دفعه أثلاثاً، الثلث لولي العمد الذي لم يعف، والثلثان لولي الخطأ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفعه إليهما أرباعاً، فوجه قولهما: إن حق الذي لم يعف من ولي العمد في نصف العبد لا غير، وحق ولي الخطأ في كل العبد، فولي الخطأ يأخذ أحد النصفين بلا منازعة، والنصف الآخر استويا في المنازعة فيه، فيقسم بينهما نصفان، فيصير لولي الخطأ ثلاثة أرباع العبد، والذي لم يعف ربعه.

ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن حق الذي لم يعف من ولي العمد في نصف العبد، وحق ولي الخطأ في كل العبد، فيجعل كل نصف سهماً، فصار حق ولي الخطأ في سهمين، وحق الذي لم يعف من ولي العمد في سهم، فيقسم بينهم أثلاثاً.

فالحاصل أن القسمة على قول أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول، وعندهما بطريق المنازعة.

وفي الكتاب[٣] اثنتا عشرة مسألة من هذا النوع في ثلاث منها اختلفوا على هذا

---

(١) هكذا في ظ و ب و م، وكان في الأصل «اعتبر».

(٢) وفي ظ: «التقدير».

(٣) هكذا في ظ و ب و م، وكان في الأصل «الكتاب».

الوجوه: إحداها: هذه

والثانية: ذكرها في الديات وهو أن مدبراً قتل رجلاً خطأً، وقتل آخر عمداً، وللمقتول عمداً وليان، فعفا أحد وليي العمد، وغرم المولى قيمته للذي لم يعف من وليي العمد، وولي الخطأ كيف يقسم بينهما، عنده على طريق العول، وعندهما على طريق المنازعة.

والثالثة: ذكرها في المأذون وهو أن العبد المأذون إذا كان بين رجلين، فأدانه أحد الموليين مائة درهم، وأدانه أجنبي مائة درهم، ثم بيع العبد بمائة، فإن الثمن عنده يقسم على طريق العول، وعندهما يقسم على طريق المنازعة.

وثلاث اختلفوا على القلب من هنا إحداهما دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعي جميعها، والآخر يدعي نصفها، والدار في يد الثالث عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم على طريق المنازعة، وعندهما: يقسم على طريق العول.

والثانية إذا أوصى بجميع ماله لإنسان، وبنصفه للآخر، فأجازت الورثة، يقسم عندهما على طريق العول، وعنده يقسم على طريق المنازعة.

وكذلك إذا أوصى بعبده لإنسان، وبنصفه لآخر يقسم عندهما على طريق العول، وعنده يقسم على طريق المنازعة.

وأحد منها اتفقوا أنه يقسم على طريق المنازعة، وهو أن فضوليًا باع عبد إنسان، وفضولي آخر باع نصفه من آخر، وأجاز المولى العقدين جميعًا، فالقسمة على طريق المنازعة عندهم جميعًا

وخمس منها اتفقوا أنه يقسم على طريق العول:

أحدها: في الديات إذا قتل عبد رجلاً خطأً، وفقأ عين آخر، ودفعه المولى إليهما، فالقسمة على طريق العول.

وكذلك المدبر إذا قتل رجلاً خطأً، وفقأ عين آخر، ودفع المولى قيمته إليهما، فالقسمة على طريق العول.

وكذلك إذا مات، وترك ألف درهم، ولرجل عليه ألف درهم، وللآخر عليه

ألفين، فالألف المتروكة تقسم بينهما على طريق العول.

وكذلك الثلث إذا ضاق عن سهام أصحاب الوصايا، فالقسمة على طريق العول.

وكذلك التركة إذا ضاقت عن سهام أصحاب الفرائض، فالقسمة على طريق العول، وهذه المسائل متفرقة.

١٩٣٠٤ – قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": عبد بين رجلين قتل مولى لهما عمداً، فعفا أحدهما بطل الدم كله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقال للذي عفا: ادفع نصف نصيبك إلى الذي لم يعف، أو افده بربع الدية. قوله: قتل مولى لهما معناه قريباً لهما بدليل أنه وقع في بعض النسخ قتل وليّاً لهما، والولي هو القريب، ويجوز إطلاق اسم المولى على القريب، قال الله تعالى خبراً عن زكريا ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي﴾[1]، وأراد به العصبة، ويجوز أن يذكر، ويراد به المعتق، ويحتمل أن يكون المراد من المولى المعتق الذي أعتقاه. وقول محمد رحمه الله في هذه المسألة كقول أبي حنيفة رحمه الله في بعض النسخ، وكقول أبي يوسف في بعضها، وهو الأشهر.

وذكر في كتاب الديات وفي "الزيادات": أن عبداً لو قتل مولاه عمداً وله وليان، فعفا أحدهما، فقد بطل كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف: في تلك المسألة مثل قوله في مسألة هذا الكتاب.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: إن القود وجب لهما على الشركة والشيوع في النصيبين جميعاً من قبل أنه لا يمتنع وجوب القود للمولى على عبده الذي هو ملكه الخاص؛ لما عرف أنه في حق الدم حر، فلما صح ذلك، فلأن يصح الوجوب على الشياع[2] أولى، فصار لكل واحد منهما نصف القود نصفه في ملكه ونصف في ملك صاحبه، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وبقي حق الآخر، فانقلب نصيب الآخر مالاً، فوجب نصف الدية للآخر، ولكن في كل العبد نصفه وهو الربع يلاقي نصيبه فيسقط؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده دين، والنصف الآخر وهو الربع يلاقي ملك صاحبه فيجب؛ لأنه يجب للإنسان على عبد غيره دين، فلذلك بقي الربع.

(١) سورة مريم: الآية ٥.

(٢) وفي م: الشياع.

ولأبي حنيفة رحمه الله : أن القصاص واجب لهما في كل العبد من غير تعيين، بل على احتمال أنه يجب حق كل واحد منهما في نصيب نفسه، أو نصيب صاحبه، أو على الشياع كل ذلك، سواء من الاحتمال، فإذا آل إلى المال احتمل وجوب الكل بأن يعتبر كل واحد حقه متعلقاً بنصيب الآخر، واحتمل بطلان الكل، بأن يتعلق حق كل واحد بنصيب نفسه؛ لأنه لايجب المال له على عبده، فبطل الكل، واحتمل التنصيف بأن يعتبر شائعاً كما قالا، فينقلب نصف نصيبه الذي لم يعف مالاً؛ لأنه لا يلاقي ملكه، ويسقط الباقي؛ لأنه لاقى ملكه، فلايجب المال بالشك.

فإن قال: إذا احتمل الوجوه ووجب القول بالشياع والتنصيف لضرورة أنه ليس جعل كل واحد منهما في نصيبه أولى من جعله في نصيب الآخر، قيل له: هذا إنما يستقيم إن لو كان ملكهما في العبد معتبراً في حق القصاص، فيقال: نصف العبد لهذا، والنصف لذلك، فلم يكن حمل حق هذا في هذا النصف أولى من جعله في النصف الآخر، فيجعل شائعاً، وملكهما في العبد ليس بمعتبر في حق القود، لما مر أنه بمنزلة الحر في حق القود، فبقي ما قاله أبو حنيفة رحمه الله من الاحتمال، فلا يجب مع الاحتمال.

فإن كان قول محمد رحمه الله في مسألة "الجامع الصغير" مع قول أبي حنيفة رحمه الله كما في مسألة كتاب الديات، فلا حاجة إلى الفرق بين مسألة "الجامع" وبين مسألة كتاب الديات، وإن كان مع قول أبي يوسف رحمه الله احتاج إلى الفرق.

والفرق أن ثمة القود وجب للمقتول، وهو واحد مالك رقبة العبد، وقام الوليان مقامه، وإذا صار ميراثاً، وصار ما لا بعفو بعض الورثة اعتبرنا مالاً للمقتول وهو واحد مالك لرقبة العبد، فلم يثبت الشياع والتنصيف، فبطل كله كعبد قتل مولاه خطأ، أما هنا القصاص ما ثبت إلا لاثنين في حق المملوك، فأما القتيل فغير[1] مالك رقبته، وإذا كان كذلك ثبت على المناصفة، والشياع في حق الملك، فينقلب مالا كذلك -والله أعلم-.

٥٠١٩٣ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": في رجل يقطع يد عبده، ثم يغصب العبد رجل، فيموت في يديه من تلك اليد، فعلى الغاصب قيمته أقطع، وإن

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: "غير".

غصبه رجل وهو صحيح، فقطع المولى يد العبد في يد الغاصب، ثم مات منه في يد الغاصب لم يكن على الغاصب شيء، وكان ينبغي أن لا يجب على الغاصب شيء في الفصل الأول؛ لأن العبد لما تلف بجناية المولى صار كأن المولى استرده، وهلك في يده، ألا ترى أنه لا يجب على الغاصب شيء في الفصل الثاني، وإنما لا يجب؛ لما قلنا.

والجواب: اختلف عبارات المشايخ في الفرق بين المسألتين، فعبارة بعضهم أن المولى في الفصل الأول لم يصر مستردًا للعبد؛ لأن في الفصل الأول انقطعت سراية جناية المولى بغصب الغاصب؛ لأن الغصب في معنى البيع؛ لأنه سبب الضمان على الغاصب، وسبب الملك له في المغصوب عندنا على ما عرف، فكان في معنى البيع، وبيع القاطع يقطع سراية جنايته، فكذا الغصب، وإذا انقطعت السراية صار كأنه برئ، ثم مات في يد الغاصب؛ فيضمن قيمته أقطع لهذا، وفي الفصل الثاني لم يوجد ما يقطع سراية جناية المولى، فصار المولى متلفًا بعد غصب الغاصب، فكذا هنا، وهذا لأنه صار متصرفًا فيه حقيقة، فلهذا صار مستردًا، فخرج عن ضمان الغصب، ولكن في هذا الفرق نوع شبهة، فإن نفس الغصب تنقطع السراية على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وعبارة بعضهم: أن المولى إن صار مستردًا للعبد في الفصل الأول، ولكن صار مستردًا حكمًا لا حقيقة؛ لأنه إنما يصير مستردًا بالسراية، والسراية أثر فعله، فتكون السراية استردادًا حكمًا لا حقيقة، وقبض الغاصب ثابت حقيقة والشيء لا يرتفع بما هو دونه، فبقي قبض الغاصب كما كان، فبقي ضمانه، أما في الفصل الثاني المولى صار مستردًا للعبد بعد الغصب بفعل حقيقي اتصل من المولى بالعبد وأثر في فوات يد الغاصب، فكان مثل قبض الغاصب، فيرتفع به ضمان الغاصب - والله أعلم -.

١٩٣٠٦ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الكبير": في رجل شج عبدًا له موضحة، ثم رهنه من رجل بألف درهم، وقيمة العبد مشجوجًا ألف درهم، فمات في يد المرتهن من الجناية يموت بما فيه من الدين، وهنا يتأتى الإشكال الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة.

والجواب ما مر أن الراهن إنما يصير مستردًا حكمًا لا حقيقة، فلا يرتفع به قبض المرتهن الثابت حقيقة، فلا يرتفع ضمانه، وعلى قياس مسألة الغاصب يقول في مسألة

الرهن. إذا وجدت الجناية من المولى بعد الرهن يصير مستردًا للمرهون حتى لو هلك في يد المرتهن لا يسقط شيء من دينه. وكذلك في مسألة الرهن إذا وجدت الجناية من الأجنبي يفترق الحال بين ما إذا وجدت قبل الرهن، وبين ما إذا وجدت بعد الرهن في حق إبطال الرهن وعدم إبطاله. والله أعلم.

١٩٣٠٦ - قال في الجامع أيضًا: رجل غصب عبد رجل صحيحًا، فمرض العبد فشجه رجل، فمات في يد الغاصب من تلك الجناية، كان مولى العبد بالخيار إن شاء ضمن عاقلة الجاني قيمة العبد صحيحًا في ثلاث سنين، وإن شاء ضمن الغاصب قيمة يوم غصب حالة في ماله، وضمن الجاني أرش الشجة صحيحًا، وما حدث منها من النقصان إلى أن مات عند الغاصب، ويكون ذلك في مال الجاني.

أما ثبوت الخيار للمولى فلما مر أن الغاصب مع الشاج كل واحد منهما باشر سبب الضمان: الغاصب بالغصب والشاج بالشجة فكان له الخيار.

ثم السراية لا تنقطع بمجرد الغصب؛ لأن العبد بعد الغصب باقٍ على ملك المغصوب منه، فلم يتبدل مستحق السراية، والحادث بدونه لا تنقطع السراية، وإنما يحكم بزوال المغصوب عن ملك المولى.

وبدون اختيار المولى تضمين الغاصب، وذلك لم يوجد للحال، فكان حكم السراية معتبرًا، فلهذا كان للمولى الخيار، وإذا اختار المولى تضمين عاقلة الجاني ضمنهم جميع قيمة العبد صحيحًا؛ لأن الجناية لاقته وهو صحيح، وهذا ضمان الدم، فيكون الدم على العاقلة في ثلاث سنين، ثم ترجع العاقلة على الغاصب بقيمة العبد يوم غصبه؛ وإذا كان عاقلة الجاني لم يملكوا العبد بما أدوا من الضمان؛ لأنه ضمان دم، وضمان الدم لا يوجب الملك في المضمون، ولهذا كفن العبد يجب على المولى دون الجاني إلا أنهم قاموا مقام المولى في مطالبة الغاصب بضمان الغصب إذ لا وجه إلى القول ببراءة الغاصب من غير أداء ولا إبراء وقد انقطعت مطالبة المولى؛ لأنه وصل إليه من جهة الجاني كمال بدل العبد. فلا بد وأن يثبت ولاية مطالبة الغاصب بضمان الغصب لغيره فكان إثباته لعاقلة الجاني. وقد غرموا بدل العبد أولى من إثباته لغيره. فقاموا مقام المولى في المطالبة.

بحكم العقد الفاسد مملوك للمشتري من وقت القبض، ويكون له ويجب على الجاني في ماله حالة، وعلى المشتري قيمة العبد يوم قبض في ماله حالاً؛ لأن المشتري شراء فاسداً مضمون بالقيمة على المشتري في ماله حالاً. ولو لم يبعه المولى، ولكن رهنه بدين عليه مثل قيمة العبد، فمات في يد المرتهن من تلك الجناية، فإنه يموت بالدين، ولا سبيل للمرتهن على الجاني؛ لأن جنايته سبقت حق المرتهن، ويرجع الراهن على الجاني بأرش الجناية، وبما نقصته الجناية إلى يوم الرهن، ويبطل عن الجاني ضمان القيمة؛ لأن الراهن صار قاضياً دين المرتهن من العبد، وفي قضاء الدين معنى البيع والشراء، وبالبيع والشراء تنقطع السراية، فكذا بالرهن إذا اتصل به الهلاك.

ولو كانت قيمة العبد أكثر من الدين مثلاً ألفي درهم، فرهنه بدين ألف درهم، فمات في يد المرتهن، فالأمر كما وصفنا فيما إذا كانت قيمة العبد مثل الدين؛ لأنه لا ضمان للمرتهن على الجاني، ويرجع مولى العبد على الجاني بنصف أرش الموضحة وبنصف ما نقصته جنايته إلى أن رهنه، ويكون في مال الجاني؛ لما مر آنفاً، ويرجع مولى العبد على الجاني أيضاً بنصف قيمة العبد يوم مات العبد، وبنصف أرش الموضحة وبنصف ما نقصته الجناية، ويكون كل ذلك على العاقلة؛ لأن مولى العبد صار قاضياً دينه بنصف العبد فصار كأنه باع نصف العبد من المرتهن بما عليه من الدين، وأودع النصف، ولو كان كذلك تنقطع السراية عن النصف دون النصف، فالنصف الذي انقطعت فيه السراية يكون على الجاني، والنصف الذي لم تنقطع فيه السراية يكون على العاقلة لصيرورة ذلك النصف نفساً - والله أعلم -

١٩٣٠٩ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» أيضاً: رجل أقر أنه قطع يد عبد رجل خطأ، وكذبه عاقلته في ذلك يعني به أن عاقلة المقر كذب المقر في إقراره، ثم غصبه رجل من مولاه، فمات عنده، فالمولى بالخيار إن شاء ضمن الجاني قيمته في ماله في ثلاث سنين، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته أقطع في ماله حالاً، وضمن الجاني أرش يده وهو نصف قيمته في ماله، وهذه المسألة نظير مسألة الشجة التي تقدم ذكرها، ولا فرق بين المسألتين، فإن ضمن الجاني قيمته بإقراره فإنه يرجع الجاني على الغاصب بقيمة العبد أقطع في ماله.

علل في الكتاب : فقال : لأن العبد صار لمقطوع بجنايته ، وهذا دليل على أن ضمان الدم يوجب الملك في المضمون ووجه ذلك ، وهو إن سبب الضمان هو القطع السابق فيستند الضمان إليه ، فيثبت الملك من ذلك الوقت ، وفي تلك الحالة هو قابل للملك كما في ضمان الغصب ، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك ، ولكن لما كان سبب الغصب السابق استند إليه ، ووقع الملك في المضمون ، كذا هنا .

ومن المحققين من أصحابنا من قال : لا ، بل ضمان القتل لا يوجب الملك للقاضي في المقتول ؛ لأن ضمان القتل والقطع السابق إنما يصير قتلا وقت السراية ، فيجب الضمان مقصوراً على حالة القتل ، وفي حالة هو قابل للمالك ، لكن إن تعذر إثبات الملك في ذاته أمكن إثباته في بدله وهو الضمان الذي على الغاصب ، كما قلنا في المدبر إذا غصب إنسان من يد غاصبه واختار المولى تضمين الأول كان للأول أن يضمن الثاني ، وإن لم يملك الأول المدبر بأداء الضمان لكن قيل السبب ، وإن لم يعمل في حق المدبر لمكان التعذر عمل في حق بدله ؛ لأنه وجب بإقراره ، والإقرار حجة قاصرة ، فإن كانت الجناية ثابتة بالبينة ، فهذا وما لو ثبت بالجناية بإقرار الجاني سواء إلا في فصل واحد ، وهو أن ما يجب على الجاني في فصل الإقرار يجب على عاقلته في فصل البينة ؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة ، فثبتت الجناية في حق العاقلة كما ثبت في حق الجاني ، وموجب جناية الخطأ في المماليك إذا سرت إلى النفس على العاقلة بخلاف الإقرار على ما مر ، وإن اختار المولى في فصل الإقرار تضمين الغاصب ضمنه قيمته يوم الغصب أقطع ؛ لأن الغصب هكذا صار فيه يضمن الجاني الأرش بيده وهو نصف قيمته في ماله ، ولا يضمن الجاني نفس العبد ؛ لأن الجاني بأداء الضمان ملك الثاني من وقت الغصب ، فصار ذلك قاطعاً للسراية ، فبقيت جنايته فيما دون النفس .

وينبغي أن يضمن الجاني الضمان إلى وقت الغصب أيضاً وإن لم يذكره في الكتاب ، وحملت المسألة على أن الغصب كان على فور[1] القطع ، وإن كان القطع عمداً ، وباقي المسألة بحالها ، فنقول : المولى بالخيار إن شاء قتل القاتل ، ولا سبيل على الغاصب للمولى ، ولا لورثة الجاني ؛ أما لا سبيل للمولى على الغاصب ؛ لأنه بقتل

---

(١) هكذا في ظ وف وم ، وكان في الأصل : " فورة " مكان " فور " .

الجاني صار مورثًا للغاصب عن ضمان الغصب؛ لأنه لا يجب للمولى استيفاء القصاص مع تضمين الغاصب، وتضمين الغاصب إنما يفيد الملك في المضمون، فكان بمنزلة البيع، ولو باع العبد بعد ما قطع الجاني يد العبد عمدًا، ثم مات العبد في يد المشتري من القطع، لا يجب القصاص على الجاني، فكذا هنا، فعلم أنه لا يجب للمولى استيفاء القصاص مع تضمين الغاصب، فيتضمن إقدام المولى على استيفاء القصاص إبراء للغاصب عن الضمان.

وإنما لا يجب لورثة الجاني؛ لأن الجاني لم يملك العبد المغصوب؛ لأنه لم يرد قيمته[1] إنما يشترى به الدم، والدم ليس بمال، فلا يصح ضمان المال، فلا يصير العبد المغصوب ملكًا للجاني لا في حق نفسه، ولا في حق بدله، فيكون ورثة الجاني على الغاصب سبيل بخلاف مسألة الخطأ؛ لأن هناك الجاني ضمن المال، والمال يصلح عوضًا عن المال، فجعل المغصوب ملكًا للجاني فيما يرجع إلى بدله، فكان له حق الرجوع على الغاصب، أما ههنا بخلافه.

وإن شاء المولى ضمن الغاصب من الابتداء قيمته تقطع على ما مر، ولا قصاص للمولى على القاطع؛ لأنه بأداء الضمان صار المغصوب ملكًا للغاصب، وقطعت به سراية القطع، فانفصل القطع عن النفس، ولا قصاص فيما دون النفس للعبد، ولكن يجب على الجاني في ذلك أرشه في ماله - والله أعلم-

١٩٣٠ - قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: وإذا اغتصب الرجل عبدًا، فقتل عند الغاصب قتيلًا خطأ، ثم دفع إلى المولى، فقتل عنده آخر خطأ، واختار المولى دفعه بالجنايتين، فإنه يكون بينهما نصفان؛ لأنه تعلق برقبة العبد دم حرين، فإنه قتل حرين، والعبد إذا تعلق برقبته دم حرين وقد اختار المولى دفع العبد يكون العبد بينهما نصفين؛ لأن حقهما على السواء، فإن حق كل واحد في الدية عشرة آلاف، فيكون العبد مقسومًا بينهما على قدر حقوقهما نصفان، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد، ولا يرجع بكل قيمته؛ لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بقدر ما استحق من العبد من يد المولى بجناية أحدثها العبد عند الغاصب، والمستحق بجناية

---

(١) هكذا في ط و م، وكذا في الأصل: لم يرد قيمته.

الذي أخذها العبد عند الغاصب بنصف العبد، فيرجع بنصف قيمة العبد على الغاصب.

فأما النصف الآخر إنما استحق بجناية، أحدثها العبد عند المولى، فلا يرجع بذلك على أحد، فإذا أخذ المولى نصف قيمة العبد من الغاصب دفعه إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع به على الغاصب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولى، فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله: إنما أخذ المولى من نصف القيمة من الغاصب بدل نصف العبد الذي في يد ولي القتيل الأول؛ لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بما استحق من الماء من يده بجناية كانت عند الغاصب، فلو أخذ ولي القتيل الأول، ويستحق ما أخذ المولى من نصف القيمة من الغاصب ثانياً لاجتماع البدل والمبدل في ملكه مع إمكان النقل، وهذا لا يجوز.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: إن حق ولي الجناية الأولى كان في جميع البدن؛ لأنه حين جنى على الأول كان فارغاً عن حق ولي الجناية الثانية، فكان حقه في جميع العبد، ألا ترى أنه لو لم يجن الجناية الثانية كان يدفع إليه جميع العبد، فدل أن حقه في جميع العبد، وقد وصل إليه نصف العبد دون النصف، وقد وجد في يد المولى بدل نصف العبد وهو نصف القيمة التي أخذه من الغاصب، وهو فارغ عن حق الغير، فيأخذ ذلك ليكمل حقه، وما يقول محمد رحمه الله بأن نصف القيمة التي أخذه الغاصب بدل ما في يد ولي الجناية الأولى من نصف العبد، قلنا: ما أخذ المولى من نصف القيمة من يد الغاصب بدل عن النصف الذي أخذه ولي الجناية الأولى في حق ما بين المولى والغاصب؛ وأما في حق ولي الجناية الأولى يعتبر بدلاً عن النصف الذي أخذه ولي الجناية الثانية حتى يكمل حق ولي الجناية الأولى، ويجوز أن يعتبر الشيء الواحد بدلاً عن شيء في حق إنسان وبدلاً عن شيء آخر في حق إنسان آخر.

هذا كما قالوا: في المسلم إذا استهلك على ذمي خمراً، وضمن قيمته للذمي، ثم إنه قضى بذلك دين مسلم، حل لصاحب الدين ذلك، واعتبر قيمة الخمر بدلاً عن الخمر في حق ما بين الذمي والمستهلك، واعتبر بدل الدين في حق صاحب الدين، لا بدل الخمر حتى حل لصاحب الدين ذلك، كذا هذا.

ثم إذا أخذ ولي القتيل الأول من المولى نصف القيمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله كان للمولى أن يرجع على الغاصب ثانيًا بنصف القيمة؛ لأن هذا النصف إنما أخذ من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فيرجع به مرة أخرى على الغاصب، فإذا رجع يسلم له ذلك؛ لأن ولي القتيل الأول وصل إليه كمال حقه ولا حق للثاني في ذلك؛ لأن حق الثاني ما ثبت إلا في نصف القيمة.

ولو كان العبد جنى عند المولى أولاً، ثم جنى عند الغاصب، ثم رد الغاصب العبد على المولى، ودفعه المولى بالجنايتين جميعًا، رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد، فيدفعها إلى ولي القتيل الأول، ولا يرجع بذلك على الغاصب في قولهم جميعًا.

أما أن يدفعه إلى ولي القتيل، فيكون بينهما نصفان؛ لأن حقهما على السواء في عشرة آلاف درهم، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد؛ لأنه استحق نصف العبد بجناية كانت عند الغاصب، فيرجع بذلك على الغاصب، ويدفعها إلى ولي القتيل الأول؛ لأن حقه كان في جميع العبد؛ لأنه يوم جنى كان فارغًا عن حق الغير، فثبت حقه في جميع العبد، وقد وصل إليه نصف العبد، ولم يصل إليه النصف، وما أخذ المولى بدل النصف الذي لم يصل إليه، فكان له أن يأخذها من المولى كما كان له أن يأخذ عينها لو كان فارغًا من حق الغرماء، ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب في قولهم جميعًا؛ لأن نصف القيمة التي أخذها ولي القتيل الأول من المولى، إنما أخذها من يده بجناية كانت عند المولى، فلا يرجع بذلك على الغاصب.

وكذلك لو كان مكان العبد مدبرًا كان الجواب فيه كالجواب في العبد من الوفاق والخلاف.

وصورته: رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلا خطأ عند المولى، فقتل قتيلاً آخر عند الغاصب، ثم رد الغاصب المدبر على المولى، فعلى المولى قيمة المدبر بين وليي القتيل نصفان، أما وجوب القيمة على المولى لأن موجب جناية المدبر على المولى على ما مر، ويلزمه قيمة واحدة؛ لأن دفع القيمة قائم مقام دفع الرقبة لو كانت الرقبة محل الدفع، ولو كانت الرقبة محل الدفع لا يجب إلا دفع واحد، وإن كثرت

الجنايات فكذلك لا يجب إلا قيمة واحدة، وتكون هذه القيمة بين وليي القتيل نصفين؛ لأن حقهما على السواء، فإن حق كل واحد منهما في عشرة آلاف درهم، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر، ولا يرجع بجميع قيمته، وذلك لأن نصف قيمة المدبر استحق بجناية كانت عند المولى، والنصف بجناية كانت عند الغاصب، فإذا كان المستحق بجناية عند الغاصب نصف القيمة، رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لا غير، فإذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة كان لولي القتيل الأول أن يأخذ ذلك من المولى عندهم جميعًا، وذلك لأن دفع القيمة في المدبر […] بدل عن الرقبة بمنزلة دفع الرقبة؛ ولو كانت الرقبة بمحل الدفع ودفع للمولى، والمسألة بحالها، ورجع المولى على الغاصب بنصف القيمة، فإنه لا يسلم للمولى ذلك عندهم جميعًا، وكان لولي القتيل الأول أن يأخذ من المولى فكذلك هنا.

ولو كان جنى أولا عند الغاصب، وجنى ثانيًا عند المولى، وضمن المولى قيمته، ورجع على الغاصب بنصف قيمته، هل يسلم ذلك للمولى؟ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول: لا يسلم، وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله: يسلم […] ذكرنا أن دفع قيمة المدبر بمنزلة دفع الرقبة لو كانت بمحل الدفع، ولو كانت الرقبة بمحل الدفع، ودفع المولى العبد إلى ولي الجناية ورجع على الغاصب بنصف القيمة كان في سلامة ذلك النصف للمولى خلافًا، فكذلك هنا - والله أعلم -.

١٩٣٦١ - قال في الأصل: وإذا غصب الرجل عبدًا من رجل فقتل العبد عنده قتيلا خطأ، ثم اختصم المولى وأولياء القتيل، فإن العبد يرد على مولاه؛ لأن العبد ملكه فيرد عليه كما في جناية العبد، ولأن المولى يحتاج إلى دفع العبد، ولا يمكنه ذلك إلا بعد رد العبد عليه، وإذا رد العبد عليه يقال له: إما أن تدفع العبد أو تفدي؛ لأنه عبد جنى وهو بمحل الدفع فيتخير.

فإن دفع، أو فدى رجع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد ومن الأرش؛ لأن الزيادة على الأقل، والمولى كان يتخلص عنها بأقل شيء يتبرع به باختياره، فلا يكون له ذلك على الغاصب رجوع، وأما الأقل منهما لا بد له من ذلك، وقد استحق على المولى بسبب أحدثه العبد في ضمان الغاصب، فيرجع بذلك على الغاصب؛ لأنه يقول

للغاصب : قبضت مني فارغًا ، ورددته علي مشغولا ومستحقًا بالجناية ، والمستحق بالجناية كالهالك من حيث المعنى ، ولو هلك العبد في يد الغاصب حقيقة كان للمولى أن يرجع عليه بقيمة العبد ، فكذلك هذا ، وإن كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة ، واختار الدفع ، فإنه يدفع العبد مع الزيادة ، سواء حدثت الزيادة قبل الجناية ، أو بعدها إن حدثت الزيادة قبل الجناية ، فلأن حق ولي الجناية تعلق بالزيادة والأصل جميعًا ؛ لأنه جنى وهو زائد ، وإن حدثت الزيادة بعد الجناية ، فلأن وضع المسألة في الزيادة المتصلة ، وما ثبت من الحق في الرقبة يسري إلى الزيادة المتصلة ؛ لأنها لا تمتاز من الأصل ، فيدفعها مع الزيادة ، سواء حدثت الزيادة قبل الجناية أو بعدها ، ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة ، وإن استحقت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب ؛ لأن الاستحقاق بالجناية بمنزلة الهلاك من حيث المعنى ، ولو هلكت الزيادة من حيث الحقيقة لا يضمنها الغاصب ؛ لأن زوائد الغاصب ثبت[1] أمانة في يد الغاصب لا يضمنها بالهلاك في يده ما لم يوجد منه التعدي ، ولم يوجد منه تعد ، فلهذا لم يرجع على الغاصب بقيمة العبد زيادة ، وأما يرجع بقيمتها يوم غصبها إذا كانت القيمة أقل من الأرش على ما بينا .

١٩٣١٢ - هذا إذا ازداد العبد في يد الغاصب ، فأما إن لم يزدد ، ولكن تغير شيء منه في يد الغاصب ، بأن اعورّ العبد مثل في يد الغاصب ، وقد جنى عنده جناية ، فهذا على وجهين : إما إن اعورّ بعد الجناية أو قبلها ، فإن اعورّ بعد الجناية ، وقد اختار المولى الدفع ، فإنه يدفعه اعورّ إلى ولي الجناية ، ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمته صحيحًا ؛ لأن النصف الباقي من العبد بعد العور ، استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ، والنصف الآخر هلك في يده ، وكان له أن يرجع بقيمته صحيحًا ، فإن أخذ قيمته صحيحًا من الغاصب يأخذ ولي الجناية من المولى نصف قيمته ؛ لأن حقه ثبت في جميع العبد ؛ لأنه حين جنى كان صحيحًا ، وقد وصل إليه النصف ، ولم يصل إليه النصف قد وجد بدل النصف الذي لم يصل إليه في يد المولى ، فكان له أن يأخذها ، كما يأخذ لو وجد العبد بعينه ، ثم يرجع المولى على الغاصب ثانيًا بنصف قيمة العبد حتى يكمل له قيمة العبد ؛ لأنه نقص قبضه في نصف القيمة الذي أخذها من الغاصب بسبب كان عند الغاصب ، فكأنه لم يقبض من الغاصب ، فيرجع على الغاصب مرة أخرى

---

(١) وفي "م" : "تحدث" .

ويسلمه له، فقد حصل لولي القتيل نصف العبد لحمًا ودمًا، ونصفه دراهم ودنانير، وضمن الغاصب قيمة ونصفًا.

وإن اعورّ قبل الجناية، واختار المولى الدفع، فإنه يدفع العبد اعورّ، ثم يرجع بقيمة العبد صحيحًا على الغاصب، وإذا أخذ ذلك سلم له، ولم يكن لولي الجناية أن يأخذ منها شيئًا؛ لأن حق ولي الجناية ما ثبت إلا في عبد أعورّ؛ لأنه حين جنى كان أعورّ، وقد سلم له ذلك، فلا يكون له سبيل على القيمة التي أخذها المولى، ويكون قيمته صحيحًا سالمًا للمولى. العبد المغصوب إذا جنى على مولاه جناية موجبة للمال: بأن قتل خطأ، أو جنى على رقيقه خطأ، أو على ماله بأن أتلف شيئًا من ملكه.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إنه يعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه إلا أن يكون الأرش، أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأن جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر.

فأما العبد المرهون إذا جنى على الراهن، أو على رقيقه، أو على ماله، هل تعتبر جنايته؟ قالوا: ذكر هذه المسألة في كتاب الرهن وقال: تهدر جنايته، ولم يذكر فيه خلافًا إلا أن المشايخ قالوا: ما ذكر في كتاب الرهن أنه يهدر قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: تعتبر جنايته على الراهن بقدر الدين، فإنه مضمون عليه بقدر الدين كما يعتبر جناية المغصوب ها على الغاصب وعلى رقيقه؛ لأنه مضمون عليه.

وأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن هذه جناية موجبة للمال حصلت من مملوك على مالكه، أو على رقيق مالكه، وليس في رقبته حق للغير، فوجب أن يهدر جنايته قياسًا على ما قبل الغصب لو جنى على مالكه أو رقيق مالكه.

والدليل عليه عبد الوديعة إذا جنى على المالك، أو على رقيقه هدر جنايته، وإن لم يكن في يد المولى، لما ذكرنا، فكذا هذا.

وإنا قلنا: هذه جناية موجبة للمال من المملوك على مالكه، وذلك لأن مالك

المغصوب منه باق في المغصوب بعد الغصب في حق التصرفات والجناية جميعاً ، أما في حق التصرفات حتى جاز عتقه وبيعه وهبته ، وأما في حق الجناية حتى إذا جنى العبد المغصوب على الأجنبي ، ورد العبد على المولى يخاطب المولى بالدفع أو الفداء ، ولا يخاطب الغاصب ، ولو كان الغاصب مالكاً للمغصوب في حق جنايته لكان الغاصب هو المخاطب بالدفع أو الفداء ، وإذا بقي ملك المغصوب منه بعد الغصب صار حاله بعد الغصب كالحال قبله ، وقبل الغصب جنايته على مولاه هدر ، فكذا بعد الغصب .

ثم إنما كانت الجناية الموجبة للمال من المملوك على مالكه وعلى رقيقه هدراً ، وذلك لأن جناية المملوك إذا كانت موجبة للمال إن كان المملوك بمحل الدفع فمن حكمها أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء ، كما لو جنى على أجنبي ، فمتى جنى على المالك ، أو على رقيق المالك إذا اعتبرنا جنايته كان المخاطب بالدفع أو الفداء هو المالك ، وإنه لا يستقيم لوجهين . أحدهما . أنه يكون دافعاً عن نفسه لنفسه ، ومفادياً لنفسه عن نفسه ، وإنه لا يجوز ؛ لما فيه من التضاد ، فإنه يصير الواحد مملكاً ومستملكاً . والثاني أنه لا يفيد ؛ لأنه لا يستفيد المولى بالدفع إلى نفسه أو الفداء إلا الملك في المدفوع ، والملك في المفدى وذا ثابت له من قبل ، فالدفع والفداء لا يفيد إلا ما كان ثابتاً من قبل ، فلا يفيد اعتباره .

وإن كان الجاني ليس بمحل الدفع بأن كان مدبراً ، لو اعتبرت جنايته على مولاه كان المخاطب بدفع الأقل من قيمة المدبر ومن الأرش هو المولى ، وهذا لا يستقيم ؛ لما فيه من التضاد ، ولأنه لا يفيد ، وما لا يفيد لا يستفيد به ، فكذا جناية المملوك على المالك وعلى رقيقه هدراً قبل الغصب لهذا المعنى ، وهذا المعنى موجود بعد الغصب ، فإنه متى اعتبر جنايته على المالك كان المخاطب هو المالك أيضاً : بالدفع والفداء إن كان العبد بمحل الدفع ، وإن لم يكن بمحل الدفع ، بأن كان المغصوب مدبراً كان المالك هو المخاطب بدفع الأقل من قيمة المدبر ومن الأرش ، وهذا لا يستقيم .

بخلاف ما لو جنى على الأجنبي ، فإنه متى اعتبرت جنايته على الأجنبي ، وخوطب المولى بالدفع أو الفداء يصير دافعاً من نفسه لغيره ومفادياً من نفسه لغيره وهذا مستقيم ؛ لأنه لا يؤدي إلى التضاد ويكون مفيداً ؛ لأن المدفوع إليه بهذا الدفع والفداء

يستفيد ملكًا لم يكن ثابتًا له من قبل في المدفوع والفادي، فكان مفيدًا، فوجب اعتباره.

١٩٣١٢ - وهذا بخلاف ما إذا قتل العبد مولاه عمدًا أو قتل رقيقًا من رقيق مولاه عمدًا، فإنه يعتبر جنايته حتى يقتل العبد بهذا، وهذا جناية مملوك على مالكه، لأن هذه الجناية غير موجبة المال، بل موجبة للقصاص، وإيجاب القصاص للمولى على عبده مفيد؛ لأنه يملك بذلك روح العبد، وروح العبد لم يكن مملوكًا له من قبل حتى لو أقر عليه بالقصاص لم يصح إقراره، ولو أقر العبد على نفسه بالقصاص صح إقراره، وإذا كان اعتبار هذه الجناية يفيد ما لم يكن ثابتًا اعتبرت، وإن حصل على مولاه وعلى رقيقه، فأما الجناية إذا كانت موجبة للمال، فإن اعتبارها لا يفيد على ما ذكرنا، ولا يلزم عبد الرجل جنى جناية موجبة للمال، ثم جاء عبد لهذا الرجل وقتل هذا العبد الجاني خطأ اعتبرت هذه الجناية، حتى يقال للمولى: ادفع العبد الثاني بالجناية، أو افده بقيمة المقتول. وهذه جناية موجبة حصلت من مملوك على رقيق مالكه؛ لأنا قلنا: ولا حق في رقيق مالكه لأحد، وهنا في رقيق مالكه حق مستحق للغير، والحق في إيجاب الضمان معتبر بالحقيقة، فكان الملك فيه لولي الجناية لا للمولى.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: هذه جناية مملوك على أجنبي أو على رقيق الأجنبي من حيث الحكم والاعتبار، فيعتبر قياسًا على ما لو حصل على أجنبي، أو على رقيق أجنبي من حيث الحقيقة والحكم، وإن قلنا: جناية مملوك على الأجنبي، أو على رقيقه من حيث الحكم والاعتبار، وذلك لأن الغاصب في حق جناية العبد المغصوب جعل بمنزلة المالك، والمولى بمنزلة الأجنبي بدليل أنه لو جنى المغصوب على الأجنبي، كان قرار الضمان على الغاصب كأنه مالك، ولم يكن على المولى شيء كأنه أجنبي، علمنا أن الغاصب في حق جناية المغصوب جعل بمنزلة المالك حكمًا، والمولى بمنزلة الأجنبي، وإذا كان كذلك، صح قولنا: إن هذه جناية مملوك على الأجنبي، فيكون معتبرًا، وإنه لو اعتبر هذه الجناية يكون المخاطب بالدفع والفداء إن كان الجاني يحتمل الدفع المغصوب منه وإن لم يكن يحتمل الدفع كان هو المخاطب بدفع الأقل من القيمة والأرش، ولا يستقيم أن يكون المولى دافعًا عن نفسه لنفسه.

قلنا: المخاطب بإقامة حكم الجناية إذا جنى المغصوب على المغصوب منه الغاصب

عندنا يقال له: ادفع الأقل من قيمة المغصوب ومن الأرش، فيخاطب هو بدفع الجاني، وإن كان الجاني بمعنى المدفوع؛ لأنه عاجز عن الدفع فإنه لا يفيد متى دفع مولى الجاني متى عجز عن دفع الجاني، وإنه يخاطب بدفع الأقل من القيمة ومن الأرش كما في المدبر إذا جنى جناية، وإذا كان المخاطب هو الغاصب بدفع الأقل من قيمة المغصوب، ومن الأرش كان اعتبار هذه الجناية مفيدًا؛ لأن المغصوب منه يملك ما لم يكن مالكًا، ولا يؤدي إلى التضاد أيضًا، فإن الغاصب يكون مملكًا، والمغصوب منه متملكًا، وإذا أفاد اعتبار هذه الجناية على المغصوب منه ولم يؤد إلى التضاد وجب اعتبارها كما لو جنى على الأجنبي يخاطب المولى بالدفع أو الفداء دون الغاصب إذا لم يرض ولي الجناية بقيمة الجاني، وإنما طلب عين العبد وله ذلك لأن الدفع مفيد، فأما إذا رضي بأخذ القيمة من الغاصب، كان للغاصب أن يؤدي القيمة حتى يطهر العبد عن الجناية، وهذا المجني عليه وهو المولى يطالب الغاصب بدفع القيمة فيكون مستقيمًا، وليس كما في الغصب ليس لنفسه مالك آخر في حق الجناية سوى المولى حتى يعتبر(١) المولى أجنبيًا بخلاف ما بعد الغصب، فإن اعتبر الغاصب مالكًا في حق الجناية، فأمكن أن يجعل المولى أجنبيًا في حق الجناية، وفي حق الوديعة كذلك؛ لأنه ليس للعبد مالك يكون قرار الجناية عليه حتى يجعل المولى أجنبيًا من العبد بخلاف ما نحن فيه، وقد خرج الجواب عما قالا: إذا تأملته.

١٦٣١٤ - هذا إذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه، فأما إذا جنى على غاصب أو على رقيق الغاصب جناية موجبة للمال، قال أبو حنيفة رحمه الله: بأنه لا يعتبر، ويكون هدرًا حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع أو الفداء.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأنه يكون معتبرًا، ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء، وكذلك على هذا الاختلاف العبد المرهون إذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله. فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تعتبر الجناية بقدر الدين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأنه يعتبر، نص على هذا الخلاف في كتاب الرهن. فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن هذه جناية تحصل على الأجنبي أو

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: حتى يعد المولى.

على رقيق الأجنبي فيكون معتبراً كما في الغصب، وكما لو جنى المغصوب على أجنبي آخر سوى الغاصب. وإنما قلنا: جناية مملوك على أجنبي؛ لأن الغاصب أجنبي من العبد، فإنه لم يملك العبد بالغصب، فصار الحال بعد الغصب كالحال قبله.

ولا يقال: بأن اعتبار هذه الجناية على الغاصب لا يفيد؛ لأنه متى اعتبر كان قرار ذلك على الغاصب في الحاصل كما لو جنى العبد على أجنبي آخر، وذلك لأن اعتباره مفيد؛ لاختيار المولى الدفع أو الفداء، إن اختار الدفع فلأن الغاصب يملك العبد الذي هو مال المولى بالقيمة، وهي دراهم ودنانير، وتمليك العبد بالدراهم يجوز على المالك مفيد[1] كما لو اشترى منه.

وإن اختار الفداء كان مفيداً أيضاً، لأن المولى متى فدى يرجع على الغاصب بالقيمة لا بالفداء، فيكون مفيداً؛ لأن قيمة العبد لا تخلو إما أن يكون أقل من عشرة آلاف أو أكثر، فإن كان أقل من عشرة آلاف يرجع المولى على الغاصب بالقيمة، فيحصل للغاصب زيادة على القيمة فيكون مفيداً، وإن كان قيمة العبد عشرة آلاف أو أكثر، فالمولى يرجع على الغاصب بعشرة آلاف إلا عشرة، ولا يرجع بقيمته بالغة ما بلغت، فيبقى للغاصب زيادة عشرة من الفداء، فيكون مفيداً، فدل أن اعتبار هذه الجناية على الغاصب مما يفيد اختيار المولى الدفع أو الفداء، وإذا كان مفيداً، وجب اعتباره كما لو جنى على أجنبي آخر، فهذا تعلقا.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فذهب في ذلك إلى أنه جناية مملوك على مالكه من حيث الحكم، فيكون هدراً قياساً على ما لو حصلت للمالك من حيث الحقيقة والحكم، وإنما قلنا: جناية مملوك على مالكه؛ لما ذكرنا أن الغاصب في حق جناية المغصوب جعل بمنزلة المالك، والمولى بمنزلة الأجنبي.

وإن قيل: جناية المملوك على المالك هدر[2]؛ لأنه لا يفيد اعتبارها، فأما هنا يفيد اعتبارها من اختيار الدفع والفداء، فيجب اعتبارها.

والجواب عنه أن جناية المملوك على المالك إنما كان هدراً لما قلنا: إنه لا يفيد

(١) هكذا في ظا وب وم، وكان في الأصل: المطلق.

(٢) هكذا في ظا، وكان في الأصل: إنما كان هدراً، وكذا في ب وم: إنما هدر.

المولى بنصف القيمة ، وإنما يتبع ولي الجناية الأولى لا غير .

وعلى هذا الخلاف المدبر إذا حفر بئراً في طريق المسلمين بغير إذن مولاه ، فوقع فيه إنسان فمات ، فدفع المولى قيمة المدبر إلى ولي الجناية بغير قضاء ، ثم وقع آخر ، هل لولي الجناية الثانية اتباع المولى بنصف القيمة؟ فالمسألة على هذا الخلاف .

وأجمعوا أن حافر البئر إذا كان عبداً قناً ، فوقع في البئر إنسان ومات ، فدفع المولى العبد إلى ولي القتيل ، ثم وقع فيه آخر ومات ، فإن الثاني لا يتبع المولى بشيء ، سواء دفع المولى العبد إلى الأول بقضاء قاض ، أو بغير قضاء قاض .

وأجمعوا أن المولى إذا لم يدفع القيمة إلى ولي القتيل الأول حتى وقع آخر أو قتل آخر ثم دفع القيمة إلى الأول بغير قضاء قاض أن لولي القتيل الثاني أن يتبع المولى ، فيأخذ منه نصف قيمة المدبر ، ثم يرجع المولى بذلك على ولي القتيل الأول .

فهما فرقا بينما إذا كان ذلك القتل الثاني ، ووقوع الثاني قبل دفع القيمة إلى ولي الجناية الأولى ، وبينما إذا كان ذلك بعد دفع القيمة إلى ولي الأولى .

والفرق أن القتل الثاني ، ووقوع الثاني إذا كان قبل الدفع فالقيمة صارت مشتركة بينهم قبل الدفع ، فحين دفع القيمة إلى ولي الأول ، فقد دفع بعض حق الناس إلى غيره بغير إذنه ، فيضمن بخلاف ما لو دفع ، ثم قتل آخر ، أو وقع آخر ؛ لأنه حين دفع لم يكن للثاني شركة في القيمة ؛ لأن شركة الثاني مع الأول إنما تثبت بالقتل ، والقتل لم يوجد حين دفع ، فلا شركة بينهم حين دفع ، ولا سبب الشركة ، فجاز أن لا يجب الضمان على المولى عندهما .

وجه قولهما في ذلك : إن دفع القيمة في المدبر بمنزلة دفع الرقبة لو كان بمحل الدفع ، ولو كان بمحل الدفع ، ودفع عين الرقبة إلى الأول بغير قضاء قاض إن كان الدفع قبل الجناية على الثاني لا يكون للثاني اتباع المولى بشيء ، وإن كان الدفع بعد الجناية كان لولي القتيل الثاني اتباع المولى ، فكذا إذا دفع القيمة .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول في العبد : إنما كان كذلك لأن المولى دفع إلى الأول عين حقه ، فإن حقه كان متعلقاً بعين العبد حتى لو هلك العبد بطل حقه ، وإذا صار

المولى دافعًا إلى الأول عين حقه صار الدفع نقضًا، وبغير قضاء سواء، هذا كالرد بخيار الرؤية، والشرط اعتبر فسخًا في حق الراد والمردود عليه، وفي حق غيرهما؛ لأن الراد عين حقه، فصار الرد بغير قضاء وبقضاء سواء، فأما هنا لم يدفع إلى الأول عين حقه؛ فإن عين حقه قيمة وجبت دينًا في ذمة المولى، وما أداه المولى إلى ولي الجناية عين، والعين مع الدين غيران من حيث الحقيقة. وإذا كان غيرين صار المولى بالدفع إلى الأول ناقلا حقه من الدين إلى العين،

فإن كان هذا النقل بقضاء قاضٍ يعتبر في حق الناس كافة، وإن كان بغير قضاء قاضٍ صح هذا النقل في حق ما بينهما، ولم يصح في حق الثاني، فبقي حق الثاني في ذمة المولى، فإن شاء اتبع المولى، ولم يجز ما صنعه المولى، وإن شاء أجازه واتبع ولي الجناية الأولى كما في الدين المشترك، إذا قبض أحد الشريكين شيئًا منه كان للآخر الخيار إن شاء لم يجز ذلك، واتبع الغريم، وإن شاء أجاز، وشارك شريكه فيما قبض، فكذلك هنا.

ونظير هذا ما قالوا في الرد بالعيب بعد القبض اعتبر فسخًا في حق ما بين الراد والمردود عليه بيعًا جديدًا في حق الثالث؛ لأن الرد ليس عين حق المشتري؛ لأن حق المشتري في الجزء الفائت حتى إذا زال العيب بطل حقه في الرد إلا أن البائع لما عجز عن تسليم الجزء الفائت أراد المشتري أن ينقل حقه من ذلك الجزء إلى بدله بالفسخ حتى يتوفر عليه رأس ماله إذ لم يتوفر عليه المبيع، فصح هذا النقل في حقهما، واعتبر فسخًا في حق ما بينهما كما قصدا، وفي حق غيرهما اعتبر بيعًا جديدًا؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما، فإن كان بقضاء قاضٍ، نفذ على الناس كافة؛ لأن للقاضي ولاية على الناس كافة، فكذا هنا -والله أعلم-.

١٩٣١٧ - قال في «الأصل»: إذا قتل المدبر مولاه خطأ فهدر جنايته؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها، وعليه أن يسعى في قيمته ردًا للوصية؛ لأن التدبير وصية للمدبر برقبته وقد سلم له رقبته؛ لأنه عتق بموت السيد، ولا وصية للقاتل، فوجب على المدبر رد رقبته، وقد عجز عن ذلك بسبب العتق، فكان عليه رد بدله وهو القيمة، ويستقيم إيجاب السعاية عليه، وإن كانت السعاية تجب للمولى، ثم يصير ميراثًا عنه، ولهذا

يجب عليه بسبب الجناية ، فلا بد من اعتبار الطرفين ، فأوجبنا القيمة باعتبار الطرف الأول ، وباعتبار الطرف الأخير أوجبنا المال عليه بخلاف ما لو كان القتل خطأ ، فإنه لا يسعى للجناية في شيء ، وإن كان لو وجب عليه السعاية ، فإنما يجب وهو حر ؛ لأن الجناية حين وجدت لم تنعقد موجبة للضمان أصلاً ؛ لأنه لا قيد من الوجه الذي بينا ، وإذا انعقدت غير موجب للضمان ، ولا يجب الضمان من بعد بخلاف ما لو كان القتل عمداً من الوجه الذي بينا .

وإذا قتلت أم الولد مولاها عمداً ، فإن لم يكن لها منه ولد ، فعليها القصاص ، ولا سعاية عليها لأجل العتق من الوجه الذي ذكرنا ، وإن كان لها ولد ، فلا قصاص عليها ؛ لأنه سقط عنها نصيب ابنها ؛ لأن الابن لا يستوجب قصاصاً على والديه ، وإذا سقط عنها نصيب الابن سقط عنها الباقي ، وانقلب القصاص مالاً . والمستدام إيجاب المال عليها ؛ لأن حال ما يجب عليها هي حرة أو مكاتبة ، ثم تسعى في جميع قيمتها ؛ لأنه لم يوجد من الابن عفو نصيبه .

وإنما سقط القصاص حكماً لأنه ثبت للوالدة في قصاص ابنها شبهة ملك ، والقصاص متى يسقط للشبهة لا للعفو ، فإنه يجب عليه كمال الدية ، ألا ترى أن الأب إذا قتل ابنه عمداً وجب كمال الدية ؛ لأن القصاص سقط للشبهة لا بالعفو ، فإن له شبهة ملك في المقتول من حيث إنه كسبه ، فوجب كمال الدية ، فكذلك هذا بخلاف ما إذا عفا أحد الشريكين في القصاص ، فإنه يجب النصف الدية للآخر ؛ لأنه سقط نصيب العافي بالعفو .

وإذا قتل العبد مولاه عمداً وله وارثان ، فعفا أحدهما عن الدم ، فهو عبد على حاله بينهما ، ولا شيء للذي لم يعف ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يقال للعافي : إما أن تدفع إلى الذي لم يعف ربع العبد من نصيبك ، أو افده بربع الدية

وجه قول أبي يوسف رحمه الله : إن العبد بالميراث صار بينهما نصفان ؛ لأن وجوب القصاص لا يمنع جريان الإرث ، فإذا عفا أحدهما لا بد وأن ينقلب نصيب الشريك مالاً ؛ لأن نصيب الشريك إنما سقط عن القصاص حكماً لا باختياره ، وفي مثل

هذا يجب المال رعاية لحق الشريك كيلا يسقط حقه أصلاً من غير رضاه، فانقلب نصيب الشريك مالاً وهو نصف نصفه وهو الربع في نصيب نفسه فيسقط، ونصفه وهو الربع في نصيب العافي فيثبت، فيقال للعافي: ادفع إلى شريكك نصف ما في يدك وهو ربع العبد، أو افده بربع الدية.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ذهبا إلى أن القصاص حين ينقلب مالاً بعفو أحدهما فالعبد باقٍ على ملك الميت من كل وجه؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، فالمال الذي يجب بعفو أحد الوليين على قول من يقول بالوجوب يكون على حكم ملك الميت؛ لأنه بدل العبد، والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئاً، فيسقط ضرورة بخلاف ما إذا كان مكان العبد مدبراً وأم ولد، وباقي المسألة بحالها حيث ينقلب نصيب الآخر مالاً؛ لأنهما يعتقان بموت المولى، فالمال الذي يجب عليهما بعفو بعض الأولياء لا يكون واجباً للمولى على مملوكه، فلهذا افترقا.

عبارة أخرى لهما في المسألة: أن القصاص حين ينقلب مالاً بعفو أحدهما، فالعبد باقٍ على حكم ملك الميت من وجه، زائل عن ملكه من وجه؛ لأن الوارث ملك العبد، ولم يملك ملكاً جديداً، فمن حيث إنه ملك العبد كان زائلاً عن ملك الميت كما في الوصية، ومن حيث إنه لم يملك ملكاً جديداً، بل قام مقام الميت في أملاكه كأنه هو حي يرد بالعيب ويرد عليه، فملك الميت باقٍ، فدل أن العبد وقت انقلاب القصاص مالاً زائل عن ملك الميت من وجه باقٍ على ملكه من وجه، فمن حيث إنه باقٍ على ملكه من وجه لم يستقم إيجاب المال له عليه؛ لأن إيجاب المال للإنسان على مملوكه قبل الكتابة لا يستقيم، والمال لم يكن واجباً، فلا يجب بالشك والاحتمال.

فإن قيل: كان المال وجب من وجه إلا أن الإيجاب أولى؛ لأن فيه من صيانة الدم عن الهدر.

قلنا: إن هدر الدم جائز بعذر، وإيجاب المال على عبده قبل الكتابة غير مشروع بحال من الأحوال لا بعذر ولا بغير عذر، فكان الميل إلى الهدر؛ لأنه يجوز بعذر أولى مما لا يجوز بعذر ولا بغير عذر.

وليس كما لو كان في التركة مرضيٌّ له بالثلث، وبأتي المسألة بحالها حيث ينقلب نصيب الموصى له مالاً؛ لأنه حال انقلاب الجناية مالاً العبد زائل عن ملك الميت في حق الموصى له من كل وجه؛ لأن الموصى له ملك ملكاً جديداً، ولم يقم مقام الموصي في حق الموصى به كأنه هو، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بخلاف الوارث وبخلاف المدبر؛ لأن ملك المجني عليه زائل من كل وجه حال انقلابه مالاً؛ لأنه صار حراً عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله صار بمعنى المكاتب إلا أنه يجوز أن يجب للمولى مال على معتقه ومكاتبه، فأما لا يجوز أن يجب على عبده قبل الكتابة بحال من الأحوال.

قياس مسألة المدبر من مسألتنا أن لو أعتق الوارثان هذا العبد، ثم إن أحدهما عفا عن القصاص، وهناك يقول: بأن نصيب الآخر ينقلب مالاً؛ لأن وقت انقلابه مالاً فالعبد زائل عن ملك المجني من كل وجه. والله أعلم.

الفصل الحادي عشر

في القسامة

١٩٣١٨ - وإذا وجد قتيل في محلة قوم، وادعى ولي القتيل القتل عمداً أو خطأً، فهذا على وجوه: إما أن يدعي ولي القتيل على أهل المحلة كلهم، أو على بعض أهل المحلة، ولم يعين القاتل منهم، وقال: لا أدري من القاتل منكم؟ أو عيّن بأن ادعى على رجل من أهل المحلة أو اثنين أو ثلاثة منهم أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأً، أو ادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذي قتل وليه، فإن ادعى على جميع أهل المحلة أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأً، وأنكر أهل المحلة فإنه يحلف خمسون رجلاً منهم كل رجل بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً، والخيار في التعيين إلى ولي القتيل إن كانوا أكثر من خمسين رجلاً، وإن كانوا أقل من خمسين، فإنه يكرر اليمين على الأقل حتى يتم خمسين يميناً، فإن حلفوا غرموا الدية وإن نكلوا، فإنهم يحبسون حتى يحلفوا، فإن حلفوا غرموا الدية، ولم يكن عليهم قصاص.

ولا يحلف المدعي أن أهل المحلة قتلوا وليه، سواء كان الظاهر شاهداً للمدعي، بأن كان بين المقتول وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة، أو لم يكن شاهداً للمدعي، بأن لم يكن بين المقتول وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة.

والأصل في هذا: ما روي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلاً في قليب من قلب خيبر، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة إلى رسول الله ﷺ يطلبون دمه من أهل خيبر فقال عليه الصلاة والسلام: «تحلف لكم اليهود خمسين رجلاً خمسين يميناً بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً»[1].

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢٩١ حديث (١٦٦٩) وفي ٣/ ١٢٩٣ حديث (١٦٦٨) وأبو داود في سننه ٣/ ١٧٧ حديث (٤٥٢٠) وفي ٤/ ١٧٩ حديث (٤٥٢٥) والترمذي في سننه ٤/ ٣٠ حديث (١٤٢٢) والدارمي أيضاً في سننه ٢/ ٢٤٨ حديث (٢٣٥٣) والبيهقي في الكبرى ٨/ ١١٨، ١٢٢ حديث (١٦٢٠٨ و ١٦٢٢١) وأبو عوانة في مسنده ٤/ ٩١ حديث (٦٠٣٥) والشافعي في مسنده ١/ ١٥٤ و ١٩٧، والنسائي في الكبرى ٤/ ٢٠٨ حديث

من القسامة

قلنا : هو وإن لم ينفرد بقتله متى استحلف بالله ما قتلت ، وكان قتل مع غيره ، فإنه يحنث في يمينه ، فإن الجماعة متى قتلوا رجلاً واحداً يكون كل واحد منهم قاتلاً له بكماله ، ولهذا تجب الكفارة على كل واحد منهم ويجب القصاص ، فأما متى اختص بقتله ، فمتى حلف بالله ما قتلنا لا يكون حانثاً في اليمين ، ولأنه متى حلف بالله ما قتلنا يكون استحلافاً على فعله وفعل غيره على البتات ، والاستحلاف على فعل غيره لم يشرع على البتات وإنما شرع على العلم ، فهنا قلنا : بأنه يستحلف بالله ما قتلت ، ثم تجب الدية على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين ، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين ، ولأن أهل المحلة صاروا قاتلين حكماً ، ولو كانوا قاتلين من حيث الحقيقة خطأ ، أو شبه العمد وجبت الدية على عاقلتهم ، فهنا أولى .

فإن لم يكن في المحلة خمسون رجلاً كررت الأيمان على بعضهم حتى يكمل خمسين يميناً ، وذلك لما روي أنه أتي إلى عمر رضي الله عنه تسعة وأربعون رجلاً من وادعة وحلفهم ، ثم كرر اليمين على واحد منهم حتى تم خمسون يميناً ؛ ولأن المأخوذ علينا في القسامة شيئان مراعاة عدد اليمين خمسون يميناً ، ومراعاة عدد الحالفين خمسون رجلاً ، لو قدرنا على مراعاة الأمرين لزمنا مراعاة كلا الأمرين ، فإذا عجزنا عن أحدهما وهو مراعاة عدد الحالفين ، وقدرنا على مراعاة عدد الأيمان لزمنا مراعاة ما قدرنا عليه .

١٩٣١٩ - هذا إذا ادعى ولي القتيل على جميع أهل المحلة عمداً أو خطأ ، فأما إذا ادعى القتل على بعض أهل المحلة لا بأعيانهم ، فكذا الجواب : تجب القسامة والدية على أهل المحلة ، لأن الدعوى على بعض أهل المحلة لا بأعيانهم ، وإنهم لا يتميزون من الباقي دعوى على الكل ، ولو ادعى ولي القتيل على جميع أهل المحلة وجبت الدية والقسامة على جميع أهل المحلة بالنصوص ، فكذا هنا .

فأما إذا ادعى على بعض أهل المحلة بأعيانهم ، بأن ادعى على واحد منهم أو اثنين ، أو ثلاثة أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأ ، فكذا الجواب أيضاً ، يجب القسامة والدية على أهل المحلة كما لو ادعى القتل على جميع أهل المحلة .

هكذا ذكر محمد رحمه الله في الكتاب، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان، وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه قال: القياس أن تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، ويقال للولي: ألك بينة؟ فإن قال: لا، يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة، ولكنه في الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة.

وجه القياس وهو أن إيجاب القسامة والدية على أهل المحلة لوجود القتيل بين أظهرهم، وقد احتمل أن يكون القتل منهم، أو من غيرهم، أمر عرف نصاً بخلاف القياس، فيراعى جميع ما ورد به النص من الشرائط، والنص إنما أوجب القسامة والدية على أهل المحلة بشرطين: بوجود القتيل في مكان ينسب إليهم، وبأن يدعي ولي القتيل القتل عليهم كما في حديث عبد الله بن سهل، فإن القتيل وجد في مكان ينسب إلى اليهود وهو خيبر، وقد ادعى أولياء عبد الله بن سهل على يهود خيبر، وهنا وإن وجد القتيل في مكان ينسب إلى أهل المحلة لم توجد الدعوى على أهل المحلة، وإنما وجدت على واحد منهم بعينه، فلو أوجبنا القسامة والدية أوجبناه بالقياس لا بالنص، وإنه عرف بخلاف القياس، ولهذا لم تجب القسامة والدية إذا ادعى على واحد من غير أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على واحد منهم بعينه. وفي الاستحسان: تجب القسامة والدية على أهل المحلة؛ لأن مطلق النص من أوجب القسامة والدية على أهل المحلة مطلقاً من غير فصل بينما إذا وجد الدعوى على واحد منهم بعينه أو على جميع أهل المحلة، فمتى أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة هنا، فإنما نوجبه بالنص لا بالقياس.

وأما إذا ادعى القتل على واحد من غير أهل المحلة لم يكن على أهل المحلة قسامة ولا دية؛ لأنا لو أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة ثمة، فإنما نوجبه بالقياس لا بالنص؛ لأنه لم يرد نص بإيجاب القسامة[1] والدية على أهل المحلة متى وجد الدعوى على غيرهم، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس، وإليه أشار أبو يوسف رحمه الله، فقال: القياس هذا، إلا أنا تركنا القياس للأثر.

وإذا لم تجب القسامة والدية على أهل المحلة في هذه الصورة، فقال للمدعي: ألك بينة على ما ادعيت؟ فإن قال: نعم، أقامها وثبت ما ادعاه ببينة، وإن لم يكن له بينة

---

(١) هكذا في ظ وب وم، وكان في الأصل: القسامة.

يحلف المدعى عليه يمينًا واحدة، ولا يحلف خمسون يمينًا؛ لأن القسامة أمر عرف بخلاف القياس بالنص، وإنما أوجب النص القسامة في موضع وجد الدعوى على أهل المكان الذي وجد فيه القتيل، ففيما إذا وجد الدعوى على غير أهل المكان الذي وجد فيه القتيل بقضية القياس عليه، وباقي المسألة مرت في كتاب القضاء ولأولياء القتيل أن يختاروا صالحي أهل المحلة، وأهل البلدة والعشيرة الذين وجد القتيل بين أظهرهم؛ لأن القسامة إنما شرعت لاستعظام شأن الدم ليظهر القاتل، فيقتل فيحصل به الإحياء، وهذا المقصود إنما يحصل بتحليف الصلحاء، فإنهم يتحرجون عن اليمين الكاذبة، وأما الفاسق لا يبالي.

قال الفقيه أبو منصور الماتريدي: القياس أن يحلف فاسقو العشيرة؛ لأن القتل منهم يكون غالبًا، وهم أهل التهمة، قلنا: تعيين صالحي العشيرة استحسان رجاء أن يتحرجوا، فتظهر فائدة القسامة، فإن لم يوجد في المحلة من الصلحاء خمسون رجلاً، فأراد ولي القتيل أن يكرر اليمين على الصلحاء حتى تتم خمسون يمينًا، هل له ذلك أم يضم إليهم من فاسقي العشيرة ما يكمل به خمسين رجلاً؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب، وروي عنه في غير رواية الأصول: أنه ليس لولي القتيل ذلك، ولكنه يختار من بقي في المحلة حتى يكمل خمسون رجلاً، وذلك لأن المأخوذ علينا في القسامة شيئان، مراعاة عدد الأيمان ومراعاة عدد الحالفين، فما لم يقع العجز عن مراعاة أحدهما لا تسقط مراعاته، وقد أمكننا مراعاة الأمرين إذا كان في المحلة من يتم عدد الحالفين خمسين رجلاً.

فإذا وجد القتيل بين قريتين أو سكتين، فإنه يقاس، فإلى أيهما أقرب كان عليه القسامة والدية، وذلك لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر أن يذرع بين القريتين في قتيل وجد بينهما، قال: فرأيت رسول الله ﷺ يقيس بين القريتين، وهكذا روى الشعبي عن مسروق عن عمر رضي الله عنه أنه قال: قيسوا بين القريتين أيهما كان أقرب إلى القتيل، فاستحلفوا منهم خمسين رجلاً بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قاتلاً، ثم غرموهم الدية[1].

---

(١) أخرجه البيهقي في "الكبرى" ٨/ ١٢٤ حديث (١٦٦٣٧)، وفي ٨/ ١٢٦ حديث (١٦٦٣٠)، وذكره ابن حجر في "الفتح" ١٢/ ٢٣٧ والزرقاني في شرحه ٤/ ٢٤٨ والسندي في الحاشية ٧/

وعن علي رضي الله عنه أنه قال: فعلى أقربهما ولأنه لو وجد قتيل في قرية، فإن الدية والقسامة تجب على أهل القرية التي وجد فيها القتيل، وإن كان يجوز أن يكون قتيل قرية أخرى؛ لأن هذه القرية أقرب إلى القتيل من الأخرى، فإذا وجد بين القريتين، يجب على أقربهما الدية، وإن كان يجوز أن يكون قتيل الأبعد، قالوا: إنما تجب الدية والقسامة على أقرب القريتين، إذا كان بحال يسمع الصوت منه، فأما إذا كان بحال لا يسمع الصوت منه، فإنه لا تجب القسامة، والدية على واحد من القريتين، وإنما يراعى حال المكان الذي وجد به القتيل، ولم يذكر محمد رحمه الله هذا الشرط في الكتاب، وإنما ذكره هلال الرازي في كتاب الوقف، ورواه عن أصحابنا ورواه أبو الحسن الكرخي أيضًا عن أصحابنا، وإنما اعتبروا سماع الصوت لأنه إن كان بحال يسمع منه الصوت يجب عليهم الغوث، وإن كان بحال لا يسمع منه الصوت، لا يجب عليهم الغوث، ثم في كل موضع وجب القسامة، وحلف القاضي خمسين رجلا، فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا، هكذا ذكر في الكتاب.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: لا يحبسون ولكن يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين، قال ابن مالك: هذا قوله الأخير، وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول.

وجه قوله الأخير: وهو أنه لا يحبس في سائر الدعاوى، متى نكل المدعى عليه عن اليمين ليحلف، ولكن يقضي عليه بما ادعاه المدعي، فكذلك هنا

وجه ما ذكر في ظاهر الرواية وهو أن في سائر الدعاوى إنما لا يحبس إذا نكل؛ لأنه حصل ما هو المقصود من الاستحلاف، فإن المقصود من الاستحلاف أن ينكل، فيستحق المدعي المدعى به، وقد حصل للمدعي هذا المقصود لما نكل، فأما المقصود من القسامة[2] أن يقر أحدهم بالقتل عمدًا فيقتل، ولهذا قال عمر رضي الله عنه: إنما حقنتم دماءكم بأيمانكم، وإنما كان المقصود من الاستحلاف وجوب القصاص، ولم يكن

---

(١) وكذا في مجمع الزوائد ٦/٢٩٠ ومسند أحمد ٣/٨٩ حديث (١١٥٦٣).

(٢) هكذا في الأصل (م)، وكذا في ظ و ف: القتل.

وهم كانوا ساكنين ثمة، ولم يكونوا ملاكًا. فإن الملك في خيبر كان للمسلمين، والنبي ﷺ دفعها إلى اليهود معاملة[1]، وما ثبت هنا بخلاف القياس يراعى ما ورد به النص، والنص أوجب القسامة والدية على السكان لا على الملاك، والدليل على صحة هذا ما لو وجد في سفينة قتيل أو على دابة ورجل يسوقها، فإن القسامة تجب على سكني السفينة لا على مالكيها، وفي الدابة تجب على السائق لا على المالك، فكذلك هذا.

وأما وجه الرواية التي تجب على الكل، وهو أن المعنى الذي له ولأجله وجبت القسامة، والدية على أصحاب الخطة من أهل المحلة ذلك المعنى موجود في السكان والمشتري؛ لأنها إنما وجبت على أصحاب الخطة؛ لأن عليهم حفظ المحلة عن القتل؛ لأن المحلة تحت رأيهم وتدبيرهم، فإذا لم يحفظوا جعلهم الشرع جناة بترك الحفظ حتى لا يهدر الدم تعظيمًا لأمر الدم، فكان عليهم القسامة والدية، وهذا المعنى موجود في السكان والمشتري، فإن عليهم حفظ المحلة عن القتل كما على أصحاب الخطة، وإذا ساووا أصحاب الخطة في استحقاق سبب القسامة والعقل ساووهم في القسامة والعقل أيضًا؛ لأن المساواة في السبب توجب المساواة في الحكم.

وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: احتجا في ذلك بأن القسامة والدية إنما عرف وجوبهما بخلاف القياس، والنص أوجبهما على أصحاب الخطة من أهل المحلة، ولم يوجبهما على السكان والمشترين، بيانه في حديث عبد الله بن سهل، فإن المروي في ذلك الحديث أن النبي ﷺ[2] أوجب على يهود خيبر وهم كانوا أصحاب خطة، ولم ينقل أنه عليه السلام أوجبها على السكان والمشترين مع أن خيبر كان لا يخلو عن ساكن أو مشتر يكون فيها علمنا أن السكان والمشترين لا يشاركون أهل المحلة في القسامة والدية.

ونوع من المعنى يدل عليه، وهو أن أصحاب الخطة أصول في المحلة، والدخلاء في المحلة أتباع لهم، ألا ترى أن التدبير في أمور المحلة من نصب المؤذنين والأئمة، وتعهد المسجد والطريق إلى أصحاب الخطة لا إلى الدخلاء، فصار أصحاب الخطة بمنزلة

(١) أخرجه الطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٣/١٩٨ و٤/١٤٩ والبزار في "مسنده" ٣/٢٢٨ حديث (١٠٢٦).

(٢) والحديث تخريجه قد مضى.

الأصول، والقتلى بمنزلة الأتباع، والقسامة والدية تجب على الأصول من أهل المحلة ولا تجب على الأتباع، ألا ترى أنه لا يجب على الصبيان والنسوان والعبيد والمكاتبين؛ لأنهم أتباع في المحلة وليسوا بأصول، فكذلك هذا. ولأن عاقلة المحلة أصحاب الخطة، ما بقي واحد منهم لا ينتقل العقل إلى عاقلة أخرى، والمنتقل بمنزلة الجاني ما بقي من عاقلته أحد لا ينتقل العقل إلى عاقلة أخرى، ألا ترى أن المعتق لما كان عاقلته مواليه وموالي الأب ما بقي واحد منهم لا ينتقل العقل إلى موالي الأم، وإذا لم يبق واحد منهم انتقل العقل إليهم، فكذلك هذا.

وليسوا كالسفينة والدابة، وذلك لأنه لا نص في السفينة لو وجد القتيل فيها، والدية على المالك، أو على الراكب حتى يعتبر فيه النص، وما لا نص فيه يجب اعتبار معنى النص لو أوجبنا القسامة والدية، ومعنى النص أن القتيل وجد في مكان كان في ولايتهم وتدبيرهم، والولاية والتدبير في السفينة والدابة، والسفينة مما ينقل من مكان إلى مكان الراكب السفينة والدابة لا إلى المالك، فأما فيما لا يحول ولا ينتقل ورد النص بإيجاب القسامة على أصحاب الخطة، لا على السكان والمشترين، فيعتبر في المنقول النص لا المعنى، ولأن الملك في المنقول ليس سببًا للحفظ والصيانة، فجاز أن يعتبر سببًا لاستحقاق القسامة بخلاف الملك في المنقول. وفرق آخر بين الدار والدابة يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفي فصل الدابة بكلمات أخر تأتي بعد هذا، وكذلك في فصل السفينة كلمات أخر تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما تعلقه بحديث عبد الله بن سهل قلنا: هذه القصة إنما وقعت قبل فتح خيبر. هكذا روي أن خيبر يومئذ كان على يد اليهود صلحًا، والدليل على صحة هذا أن النبي ﷺ كتب إلى اليهود هذا قتيل وجد بين أبياتكم، فعدّ الأبيات إليهم، ولو كان بعد الفتح لكان خيبر ملكًا للمسلمين، فكان لا يضاف الأبيات إليهم، ولئن كانت هذه القصة بعد فتح خيبر يحتمل أن النبي ﷺ منّ بذلك عليهم، وتركها عليهم بالخراج، وللإمام أن يمنّ على أهلها بالخراج، والدليل على صحة هذا أن عمر رضي الله عنه لما أجلاهم من خيبر عوضهم، ولو لم يتركها عليهم وجعلها ملكًا للمسلمين لما احتاج عمر رضي الله عنه إلى إعطاء العوض حين أجلاهم، وإذا كان كذلك كان إيجاب الدية والقسامة على أصحاب الخطة لا على السكان والمشترين

وقوله: وإنما وجبت القسامة والدية على أصحاب الخطة لأن عليهم حفظ المحلة عن القتل، قلنا: إنما وجب عليهم لأنهم أصول، والدخيل في المحلة بمنزلة التبع، والشرع أوجب القسامة والدية على من كان أصولاً في المكان الذي وجد فيه القتيل لا على الأتباع، والدخلاء في المحلة أتباع ما بقي واحد من الأصول - والله أعلم -.

١٩٣٢٢ - وفي "نوادر بشر بن وليد" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا وجد القتيل في دار فيها سكان وأرباب غيب، فالقسامة والدية على أرباب الدار في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: على السكان، وإن كانوا ينقلبون إلى أهاليهم بالليل مثل الخياط والصباغ يكونون بالنهار في موضع، وينصرفون إلى أهاليهم بالليل، فلا شيء عليهم.

١٩٣٢٣ - وإذا وجد القتيل في دار رجل قد اشترى وهو من غير أهل الخطة، فإن أهل الخطة برآء من ذلك، والقسامة على صاحب الدار، والدية على قومه، وذلك لأن صاحب الدار هو المختص بالرأي والتدبير في أسباب داره، وليس لأهل الخطة معه في ذلك شركة، وإذا لم يكن لأهل الخطة معه شركة في الرأي والتدبير في داره، بل كان هو المنفرد في ذلك دون أهل الخطة كان أهل الخطة من الدار بمنزلة محلة أخرى، وقتيل وجد في محلة لا يوجب القسامة والدية على محلة أخرى؛ لأنه لا شركة لهم في الرأي والتدبير في المحلة التي وجد فيها القتيل، فكذلك هذا إلا أن القسامة تجب على صاحب الدار خاصة، والدية على عاقلته؛ لأن صاحب الدار في داره بمنزلة أهل المحلة في المحلة ولو وجد في المحلة قتيل وجبت القسامة على أهل المحلة، والدية على عاقلته، فإذا وجد القتيل في الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلة صاحب الدار. هكذا ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الأصل في موضع.

وذكر في موضع آخر من الأصل أن القسامة والدية على قوم صاحب الدار، وإذا اتفقت الروايات أن الدية على قومه، واختلفت الروايات في القسامة ذكر في بعض الروايات أنها تكون على المشتري خاصة، وذكر في بعض الروايات أنها تكون على عاقلة المشتري، وحكي عن الكرخي: أنه وفق بين الروايتين، فقال: معنى الرواية التي قالت: إنها تجب عليه خاصة إذا كان قومه غيباً، ومعنى الرواية التي قالت: إنها تكون

عليه وعلى قومه أن يكون قومه حضورا - والله أعلم -.

١٩٣٢٤ - وإذا باع أهل الخطة دورهم حتى لم يبق منهم أحد في المحلة ثم وجد قتيل في سكة من سككهم، أو في مسجد من مساجدهم، وفيها سكان ومشترون، فإن القسامة على المشتري؛ لأن التدبير والرأي في أسباب المحلة انتقل إلى المشترين، فقام المشترون مقامهم، فإذا قاموا مقامهم لزمهم ما لزم أهل الخطة، ثم يجب على المشتري لا على السكان؛ لأن تدبير المحلة إلى من يكون أصيلا في المحلة، والملاك أصول والسكان أتباع، فكان السكان بمنزلة النسوان والصبيان من أهل المحلة، ولا يجب عليهم قسامة ولا دية، فكذلك هذا. وهذا الذي ذكر قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله في إحدى الروايتين عنه: تجب القسامة، والدية على السكان لا على المشتري الذين هم ملاك.

وفي رواية يقول: تجب على المشتري والسكان كما لو كان في المحلة أهل خطة وسكان، وإذا وجد في دار أحد من المشترين فعليه القسامة والدية على عاقلته كما لو كان في المحلة أهل خطة، وقد وجد قتيل في دار أحدهم كانت القسامة على صاحب الدار، والدية على عاقلته، وسائر أهل المحلة براء من ذلك؛ لأن صاحب الدار هو المختص بالرأي والتدبير في داره، فكذا هاهنا - والله أعلم -.

١٩٣٢٥ - قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: في رجل اشترى دارا، فلم يقبضها من البائع حتى وجد فيها قتيلا فالدية على عاقلة من كانت الدار في يده وهو البائع، وإن كان في البيع خيار للبائع، فالدية على عاقلة من كانت الدار في يده، فإن كانت في يد البائع، فعلى عاقلة البائع، وإن كانت في يد المشتري، فعلى عاقلة المشتري. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا لم يكن في البيع خيار فالدية على عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار، فالدية على عاقلة الذي يصير الدار له.

والأصل أن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر لوجوب الدية على العاقلة اليد الحقيقية؛ لأن بها تثبت القدرة على الحفظ، وهما يعتبران الملك، هما يقولان: وجوب الدية على العاقلة إنما كان؛ لأنهم صاروا جناة بترك الحفظ، وإنما ينسب إلى ترك الحفظ من جعل الشرع إليه الحفظ، والشرع إنما جعل ذلك إلى المالك، فيكون المالك هو المقصر.

فيصير قاتلاً تقديراً، ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقدرة على الحفظ حقيقة لا تكون إلا أن الملك سبب اليد، فيقوم مقام اليد، فالملك كالخلف في الحفظ، واليد كالأصل، ولا شك أن اعتبار الأصل عند التعارض أولى من اعتبار الخلف، ألا ترى أن اليد بدون الملك يفيد الإقدار على الحفظ، والملك بدون اليد لا يقدره على الحفظ، فكانت اليد هي الأصل، فأما في البيع بشرط الخيار هو إنما لا يعتبر الملك دون اليد والملك موقوف بين أن يصير للمشتري وبين أن يعود إلى البائع موقف الحكم بتوقف الملك كما في صدقة [illegible]، وعندهما أن المعتبر هو اليد يجب على من بيده، ولا ينظر إلى الثاني والله أعلم.

١٩٣٦ - قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقي، فوجد فيها قتيل، فهو على رؤوس الرجال، والأصل في جنس هذه المسائل: أن ما يجب من الدية باعتبار الملك يعتبر فيه عدد الملاك، ورؤوسهم دون تفاوت الملك حتى إن القتيل متى وجد في دار بين اثنين أثلاثاً فالدية تجب عليهما نصفين، وهذا لأن وجوب الدية على الملاك باعتبار تقصيرهم في الحفظ الذي لزمهم بالملك، وولاية الحفظ لا تختلف بتفاوت الملك، ومتى وجبت الدية باعتبار النسبة يعتبر فيه عدد النسبة دون عدد الرؤوس، حتى إذا وجد في مسجد قبيلة أو في محلة اختطها ثلاث قبائل تجب الدية عليهم أثلاثاً، ولا يعتبر فيه عدد الرؤوس؛ لأن وجوب ذلك بسبب التقصير فيما لزمهم من حفظ المسجد، وهم في حق ذلك على السواء - والله أعلم -.

١٩٣٧ - قال محمد في الجامع: دار مشتركة لأحد عشر رجلاً عشرة منهم من بكر بن وائل[1] وواحد منهم من قيس، فوجد في هذه الدار قتيل، فديته على أحد عشر جزءاً: عشرة أجزاء منها على عاقلة بني بكر بن وائل، وجزء واحد على عاقلة قيس لما قلنا: إن المعتبر في مثل هذا الملاك، والملاك أحد عشر.

وكذلك دار بين بكر بن وائل وبين قيس أثلاثاً، فوجد فيها قتيل، فالدية على عواقلهم أثلاثاً، وهذا الذي ذكر قول محمد رحمه الله، ورواه عن أبي حنيفة رحمه الله،

(١) هكذا في [illegible] وكذا في الأصل [illegible].

وروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف هذا، فإنه قال في دار بين تيمي وهمدانيين وجد فيها قتيل، فعلى التيمي نصف الدية، وعلى الهمدانيين نصف الدية، قال: وإنما هذا على عدد القبائل بمنزلة قتيل يوجد بين قريتين هو بينهما سواء في القرب، فعلى أهل كل قرية نصف الدية، ولا ينظر إلى عدد أهل القريتين.

وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله: في دار بين تيمي وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل، فالدية بينهما نصفان، وعند محمد تجب الدية أخماسًا.

١٩٣٢٨ - وإذا وجد قتيل بين قريتين هو في القرب إليهما على السواء، وفي إحدى القريتين ألف رجل، وفي الأخرى أقل من ذلك، فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف.

١٩٣٢٩ - وقال أبو يوسف رحمه الله في قتيل وجد بين ثلاث دور: دار لتيمي وداران لهمدانيين وهن جميعًا في القرب على السواء، فالدية نصفان، واعتبر القبيلة دون القرب.

١٩٣٣٠ - وإذا وجد القتيل في دار بين ثلاثة نفر، فالقسامة على عواقلهم جميعًا أثلاثًا، ويتم الخمسين في الكسر على أي العواقل شاء ولي القتيل، وليس له أن يختار جميع الخمسين من عاقلة أحدهم، ومعنى المسألة أن يؤخذ من الخمسين أثلاثًا ينكسر الحساب بالنصب[1] كل عاقلة ستة عشر يمينًا، يبقى هناك سهمان، فولي القتيل يختار الثلاث من أي العواقل شاء.

١٩٣٣١ - قال في "الخانية" أيضًا: محلة أو مسجد اختطها ثلاث قبائل: إحداها بكر بن وائل وهم عشرون رجلًا، والأخرى: بني قيس وهم ثلاثون رجلًا، والأخرى: بني تيم وهم خمسون رجلًا، فوجد في هذه المحلة قتيل أو في هذا المسجد قتيل، فالدية تجب على القبائل أثلاثًا على كل قبيلة ثلثها؛ لأن المعتبر في المسجد والمحلة النسبة، والنسبة إلى القبائل الثلاث هنا على السواء، فلهذا كانت الدية عليهم أثلاثًا.

وكذا لو كان من إحدى القبائل رجل واحد لا غير فعلى عاقلته ثلث الدية وعلى

(١) هكذا في [illegible] وكان في الأصل [illegible] بالنصب

القبيلتين الباقيتين ثلثا الدية ؛ لما مر أن المعتبر في المسجد والمحلة عدد القبائل ، والقبائل هنا ثلاثة ، فانقسمت الدية أثلاثاً لهذا ، وإن كان الرجل من غير القبيلتين إلا أنه حليف لإحدى القبيلتين كانت الدية على القبيلتين نصفين ، ولا شيء على قبيلة الحليف ؛ لأن الحليف بالمحالفة انقطع من قبيلته ، وكان لا يستنصر ، ولا يستعين بقبيلته ، وإنما يستنصر ، ويستعين بحلفائه ، وعاقلة الرجل من يستنصر ، ويستعين به لا عشيرته وأقرباؤه ، ولهذا قلنا : بأن أهل الديوان إذا جمعهم راية واحدة وقائد واحد ، فجنى واحد منهم ، كان عقله على أهل ديوانه لا على أهله وعشيرته ؛ لأنه لما ضم نفسه إليهم كان يستعين بهم لا بعشيرته ، فكذا الحليف يكون عقله على حلفائه ، وإليه أشار عليه السلام في قوله : « حليف القوم منهم »[1] ، فقد جعل الحليف معدوداً في حلفائه ، فصارت المحلة والمسجد منسوباً إلى قبيلتين لا غير - والله أعلم - .

١٩٢٣٢- قال في "الجامع" أيضاً : محلة اختطها ثلاث قبائل ، وبنوا فيها مسجداً ، فاشترى رجل من غير القبائل الثلاث دور أحد القبائل حتى لم يبق من أهل القبيلة البائعة أحد ، ثم وجد قتيل في المحلة ، أو في المسجد كانت الدية أثلاثاً ثلثها على عاقلة المشتري ، وثلثاها على القبيلتين الباقيتين ؛ لأن المشتري قام مقام القبيلة البائعة في حق نسبة المحلة إليه إذ لم يبق من قبيلة البائعة أحد في حق نسبة المحلة إليه ، ولهذا المحلة في الحال ينسب إلى المشتري وإلى القبيلتين الباقيتين .

وإذ قام مقام القبيلة البائعة في حق نسبة المحلة إليه صار كأنه اختط معهم ، فإن كان المشتري لتلك الدور رجل واحد من إحدى القبيلتين الباقيتين كانت الدية نصفين على القبيلتين الباقيتين ؛ لأن النسبة إلى القبيلة البائعة قد بطلت إذ لم يبق من القبيلة البائعة أحد ، وبقيت النسبة إلى القبيلتين ، فيقسم الدية عليهما نصفان لهذا . وإن اشترى

(١) أخرجه الطبراني في "الكبير" ١٧/١٢ حديث (٢) والهيثمي في "مجمع الزوائد" ١/١٩٥ و١٩٤ ، وذكره ابن حجر في "الفتح" ٦/٥٢ و٨/٦٤٣ ، والمناوي في "فيض القدير" ٣/٣٩٧ وبلفظ "ابن أخت القوم منهم" فلفظ أخرجه أبو نعيم الأصبهاني في "المسند المستخرج على صحيح مسلم" ٣/١٢٢ حديث (٢٣٦٠) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٥/٣١٨ حديث (٢٦٤٨٣) وعبد الرزاق أيضاً في "مصنفه" ٩/٦٤ حديث (١٦٤٩٩) والبزار أيضاً في "مسنده" ٨/٧٣ حديث ٣٠٦٩ والطبراني في "الأوسط" ٣/٨٣ حديث (٢٦٦٣) وسعيد بن منصور في "كتاب السنن" ٢/٢٧٢ حديث (٢٩٠٠)

رجل من غير تلك القبائل دور القبيلتين، وباقي المسألة بحالها، فالدية نصفان، نصفه على عاقلة الرجل المشتري، ونصفه على عاقلة القبيلة الباقية؛ لأن حكم النسبة إلى القبيلتين قد انقطع، وصارت القبيلتان بمنزلة القبيلة الواحدة لقيام المشتري مقامهم في نسبة المحلة والمسجد إليه، والنسبة في حق الواحد مما لا يتصور تعددها، فصار هذا المشتري في حق نسبة المحلة بمنزلة القبيلة الباقية، فلهذا كانت الدية نصفين.

وإن اشترى رجل من غير هذه القبائل دور القبائل كلها، ثم باع دور إحدى القبائل من قوم شتى، فالدية على عاقلة المشتري الأول مادام له من تلك الدور شيء؛ لأن المشتري الأول لما اشترى دور القبائل صار قائمًا مقام أرباب الخطة، وحصلت المحلة له وتنقلت النسبة إليه، فما دام قائمًا في هذه المحلة كان من اشترى شيئًا من هذه المحلة دخيلا في حقه تبعًا له، فلا ينسب المحلة إلى المشتري الثاني مادام الأول قائمًا، فصار الثاني مع الأول في حق هذا الحكم كالعدم، ألا ترى أن رجلا لو اشترى من أهل الخطة بعض دورهم يجعل المشتري معهم في حق هذا الحكم كالعدم، فكذا مع من قام مقام أهل الخطة.

ولو كان المشتري للدور كلها باع دور إحدى القبائل من الذي كانت لهم، أو أقالها معهم، أو رد عليهم بعيب بغير قضاء، ثم وجد في المحلة، أو في المسجد قتيل، فالدية على عاقلة المشتري، وإن كان رده عليهم بالعيب بقضاء قاض، فعلى عاقلة المشتري نصف الدية، وعلى عاقلة التي ردت عليهم النصف؛ لأن في الوجه الأول لم يعد إليهم قديم ملكهم في المحلة في حق عاقلتهم؛ لأن عاقلتهم ثالثهم، والرد بهذه الأسباب في حق الثالث بمنزلة بيع مبتدأ، وفي الوجه الثاني عاد إليهم قديم ملكهم في حق عاقلتهم، فصار كأنه لم يوجد منهم هذا البيع، ولو لم يوجد بأن اشترى المشتري دور القبيلتين لا غير كانت الدية على عاقلة القبيلة الباقية، وعلى عاقلة المشتري نصفان، كذا هنا -والله أعلم.

١٩٣٣٣ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: قتيل مر في الفرات بين قريتين، فلا شيء على أحد؛ لأن وجوب الدية والقسامة لأجل التقصير في الحفظ بعد وجود الحفظ، والفرات ليس في ملك أحد ولا يده حتى يجب عليه الحفظ، فيصير جانيًا

بترك الحفظ، هكذا ذكر المسألة في «الجامع الصغير».

١٩٣٣٤ - وذكر في «الأصل»: وإذا وجد الرجل قتيلاً في نهر يجري فيه الماء، فهذا على وجهين: إما أن يكون نهراً عظيماً كالفرات ونحوه، أو صغيراً لقوم معروفين، فإن كان نهراً عظيماً كالفرات ونحوه، فهذا على وجهين: إما إن كان يجري به الماء، أو كان محتبساً على شط من شطوطه لا يجري موضع انبعاث الماء لهذا النهر في دار الشرك أو في دار الإسلام.

فإن كان يجري به الماء وموضع انبعاث الماء في دار الشرك، فدمه هدر، سواء كان يجري في وسطه أو في شطه، أما إذا كان يجري في وسطه فظاهر؛ لأن الموضع الذي يجري فيه الميت ليس تحت يد أحد، وأما إذا كان يجري في شطه لأنه تعذر إيجاب القسامة والدية على أهل الشط الذي ظهر فيه القتيل إذا كان الماء يجري بالقتيل، وإن كان هذا الشط تحت رأيهم وتدبيرهم، فإنهم يأخذون منه الماء ويغرسون الأشجار ويشرعون في الماء؛ لأن الماء إذا كان يجري به علمت أنه ليس قتيل هذا الشط الذي وجد فيه، وإنما هو قتيل مكان آخر، فقد تعذر إيجاب القسامة والدية على أهل الشط الذي وجد فيه القتيل، وتعذر إيجاب الدية في بيت المال إذا كان انبعاث الماء في دار الشرك، وإن كان عامة المسلمين مما ينتفعون بمثل هذه الأنهار، فيكون تحت أيديهم؛ لأنه إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك والماء يجري، ولعل هذا قتيل ذلك المكان أجري إلى هذا المكان، وذلك المكان تحت أيدي المسلمين، فلا يتيقن بكونه قتيلاً في مكان أيدي المسلمين لا محالة إذا كان موضع انبعاثه في دار الشرك، فتعذر إيجاب ديته من بيت المال بخلاف ما لو وجد في فلاة ينتفع به المسلمون على ما هو المذكور في بعض الكتب أن الدية تجب على بيت المال؛ لأن الموضع الذي وجد فيه القتيل تحت يد عامة المسلمين وتحت رأيهم وتدبيرهم فكان على عامة المسلمين دية القتيل، فأما هنا لم يتيقن أنه قتيل مكان تحت أيدي المسلمين لا محالة إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك، وستأتي مسألة الفلاة بعد هذا بخلاف ما ذكر ههنا.

وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في أيدي المسلمين، فسواء كان القتيل مكان انبعاث الماء أو مكان آخر

دون ذلك ، فهو قتيل مكان ذلك المكان تحت أيدي المسلمين وتصرفهم ، فتجب ديته في بيت المال ، وهذا بخلاف الدابة إذا كان عليها قتيل ، وهي تسير في المحلة ، فإن الدية تجب على أهل المحلة ، وفي الماء لا تجب الدية على أهل الشط الذي وجد فيه القتيل ، وإن كان ذلك تحت أيديهم لأنه ليس لانبعاث الدابة موضع معلوم ، فيجعل منبعثاً من المكان الذي وجد فيه الدابة ، فتكون دية على هذه المحلة بخلاف الماء ؛ لأن موضع انبعاثه معلوم ، ولعل هذا من موضع انبعاث الماء الذي ليس في يد المسلمين ، فلا يتيقن بكونه قتيلاً في مكان هو في أيدي عامة المسلمين .

هذا إذا كان النهر عظيماً كالفرات ونحوه والماء يجري به ، فأما إذا كان محتبساً على شط من شطوطه لا يجري به الماء ، فهو على أقرب القرى والأرضين من هذا الشط ؛ لأنه إذا كان محتبساً لا يجري به الماء لم يتيقن بكونه قتيل مكان آخر ، فيجعل قتيل هذا المكان لا محالة ، وهذا المكان تحت أيدي أقرب القرى إليه ، فإنهم يأخذون منه الماء ، ويشرعون في الماء ، ويغرسون الأشجار عليها ، فكانت القسامة عليهم كما لو وجد بين قريتين ، وهو أقرب إلى أحدهما

قالوا : وهذا إذا كان أقرب القرى إلى هذا الشط بحيث يسمع الصوت منه حتى يجب عليهم الغوث والنصرة ، وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت حتى لا يجب عليهم الغوث والنصرة ، فإنه لا يجب عليهم شيء ، وإنما يجب في بيت المال ؛ لأنه تحت يد عامة المسلمين إذا كانوا ينتفعون به ، بخلاف ما إذا كان يجري به الماء ؛ لأنا تيقنا أنه قتيل مكان آخر انتقل إلى هذا المكان ، فكان بمنزلة ما لو عاينا انتقاله من محلة إلى محلة أخرى لا يجب على المحلة التي نقل إليها القتيل قسامة ولا دية ، فكذلك هنا .

وأما إذا كان نهراً صغيراً لأقوام معروفين ، فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر ، والدية على عواقلهم ، وإن كان انبعاث ماء الفرات في دار الشرك ؛ لأنه إذا كان النهر لأقوام معروفين فهذا النهر تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم ، وإنه منسوب إليهم ، وكان بمنزلة المحلة ، ولو وجد قتيل في محلة كانت الدية والقسامة عليهم فكذلك هنا .

فإن قيل : يحتمل أنه حمله من موضع انبعاث الماء الذي هو في دار الشرك ، فلا يتيقن أنه قتيل هذا المكان إذا كان تجري به الماء

فقد سقط اعتبار هذا، لا معتبر بالقطع نسبة هذا الماء إلى الفرات، وبعد القطع نسبة هذا الماء إلى الفرات حتى لو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من هذا النهر لا يحنث في يمينه. وإذا انقطع نسبته إلى الفرات كان هذا قتيل هذا النهر لا قتيل الفرات الذي انبعث ماؤه من دار الحرب.

١٩٣٣٥ - وإذا وجد قتيلاً في سوق المسلمين أو في مسجد جماعتهم، فهو في بيت مال المسلمين. قالوا: أراد به الأسواق العظام، فإنها ليست بمملوكة لأحد، إنما هي للعامة في يد السلطان. فأما إذا كان سوقاً مملوكاً لقوم بخصوصهم فالقسامة والدية عليهم كما لو وجد في محلة، وإنما أراد بمسجد الجماعة المسجد الجامع أو مسجد جماعة يكون في سوق، هو لعامة المسلمين؛ لأن التدبير في مثل هذا المسجد للإمام الذي هو نائب عن عامة المسلمين، لا إلى أهل السوق، وأما إذا كان مسجد محلة فهو على أهل المحلة؛ لأن تدبيره إلى أهل المحلة، لا إلى الإمام الذي هو نائب عن جماعة المسلمين.

ثم إنما تجب الدية في بيت مال المسلمين إذا وجد القتيل في مكان هو في يد عامة المسلمين؛ لما روي أن شيخاً وجد قتيلاً في المسجد الحرام(١) في زمن عمر رضي الله عنه، فوداه عمر رضي الله عنه من بيت المال.

وقد روي أن رجلاً وجد قتيلاً في زحام الناس، فقال عمر رضي الله عنه: ابتغوا بالبينة على قاتله، فقال علي رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين المسلم لا يبطل دمه إن وجدت له قاتلاً وإلا فأدّ ديته من بيت المال، فقال عمر رضي الله عنه: أصبت، وودى. وصار هذا أصلاً أن القتيل متى وجد في مكان هو في يد عامة المسلمين أن ديته تجب في بيت المال، ولو وجد في مكان هو في يد قوم خاص وجبت الدية تعظيماً لأمر الدم، وكذا إذا وجد في مكان هو في يد عامة المسلمين لا تجب القسامة؛ لأن القسامة إنما عرف وجوبها بالنص، والنص إنما أوجب القسامة إذا وجد القتيل في مكان خاص لأقوام معروفين، ولم توجب القسامة إذا وجد في مكان هو في أيدي عامة المسلمين، فإن عمر وعلياً رضي الله عنهما إنما أوجبا الدية في قتيل وجد في مكان هو في يد عامة

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: الزحام.

المسلمين وتحت رأيهم وتدبيرهم، ولم توجب الدية والقسامة[١]، فأثبتنا الشرع في الموضعين.

١٩٣٣٦- في المنتقى: إذا وجد قتيل في صف من السوق، فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون في حوانيتهم، فالدية على الذين لهم تلك الحوانيت، قال: وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، وذكر بعد هذا، وقال أبو يوسف رحمه الله في القتيل يوجد في السوق الدقاق[٢] للسلطان، ولا يبيت فيها من سكانها أحد يختار الوالي من أهل تلك السوق خمسين رجلاً فيقسمون، ثم يجعل الدية على بيت المال؛ لأن ملكها للمسلمين، وكذلك لو وجد القتيل في المسجد الحرام من غير زحام، وإن قتل بين زحام الناس في المسجد أو بعرفة أو بغيرها، فالدية على بيت المال من غير قسامة، هذه الجملة من المنتقى.

١٩٣٣٧- وفيه أيضاً: وكل قتيل يوجد في المسجد الجامع ولا يدرى من قتله، أو قتله رجل من المسلمين، ولكن لا يدرى من هو، أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدرى من هو، فهو على بيت المال كما تكون على أهل المحلة إذا وجد فيها، وكذلك لو رآه الحاكم في المسجد الجامع قتله رجل بالسيف ولا يدرى من هو، فهو على بيت المال.

وفيه أيضاً: إذا وجد القتيل في مسجد، إن كان المسجد في قبيلة، فهو على عاقلة القبيلة، وإن كان لا يعلم أن المسجد رأفا يصلي فيه غيرهم، فإن كان يعلم الذي اشتراه وبناه كان على عاقلته القسامة والدية، وإن كان لا يعرف من بناه كان على عاقلة أقرب الدور منه، إذا كان درب غير نافذ مصلاهم واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين في الدرب.

وفيه أيضاً: إذا وجد القتيل في قبيلة فيها عشرة مساجد، فهو على القبيلة كلها، وإذا لم يكن قبيلة، فهو على أصحاب المحلة، قال: وأهل كل مسجد محلته.

وفي البقالي: وإذا وجد القتيل في وقف المسجد، فهو كوجوده في المسجد حتى لو وجد القتيل في وقف المسجد الجامع كانت الدية في بيت المال، ومسألة صورت

---

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها: ولم توجب الدية في القسامة.

(٢) هكذا في ظ، وكان في غيرها: الرقيا.

واقعة بسمرقند. وإن كان الوقف على قوم معلومين، فالدية والقسامة عليهم.

١٩٣٣٨ - وإذا وجد القتيل في فلاة من الأرض، فليس فيه شيء، هكذا ذكر في الأصل، وذكرنا مسألة الفلاة على سبيل الفرق قبل هذا.

وذكرنا أن فيه الدية في بيت المال، فصار في المسألة روايتان، كان ينبغي على رواية الأصل أنه يقال: إنه تجب الدية في بيت المال، كما في مسألة المسجد الجامع والسوق التي للعامة، والمعنى الجامع بينهما أن الفلاة على ملك عامة المسلمين، ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله قال: فيمن أحيا أرضًا من الفلاة بغير إذن الإمام أنه لا يملك ذلك، فثبت أنه باق على ملك عامة المسلمين، فصار كالمسجد والسوق، فوجب أن يجب فيه الدية أيضًا.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده: تأويل هذه المسألة إذا كان فلاة انقطع عنها منفعة المسلمين؛ لأنه إذا انقطع عنها منفعة المسلمين لا يكون تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم، فأما إذا كان فلاة لم تنقطع عنها منافع المسلمين فإنه تجب الدية في بيت المال؛ لأنه يكون تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين الفلاة وبين المسجد؛ لأن المسجد الجامع في يد العامة، ولو كان الفلاة في يد العامة تجب الدية أيضًا على ما ذكره شيخ الإسلام، والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي أجرى مسألة الفلاة على إطلاقها كما ذكرها محمد رحمه الله في الأصل، وفرق بين الفلاة والمسجد الجامع.

والفرق أن المسجد الجامع والسوق بقرب من المسلمين، فيمكنهم أن يصونوه عن مثل هذا، وإذا لم يصونوه فقد صاروا جناة، فقلنا: إنه تجب عليهم الدية، وأما الفلاة فهي بعيدة منهم، فلا يمكنهم أن يصونوها عن مثل هذا، فلا يكون عليهم في مثل ذلك شيء، والدليل على الفرق بينهما أنه لو حفر بئرًا في سوق المسلمين، أو وضع حجرًا حتى تعلق به إنسان فمات، فإنه تلزمه الدية، ومثله لو فعل ذلك في الفلاة في غير الطريق لم يكن عليه ضمان ذلك، فدل أنهما قد يفترقان.

١٩٣٣٩ - وفي «المنتقى»: إذا وجد قتيل على الجسر أو على القنطرة، فذلك على بيت المال، وإن وجد القتيل في بعض هذه الطرق العظام التي ليس يملكها أحد وإنما هي لجماعة المسلمين، فإن الدية على أدنى أهل المحال التي يشرع إلى هذا الطريق.

١٩٣٤٠ - وفيه أيضاً : إذا وجد القتيل في مثل خندق مدينة أبي جعفر، فهو بمنزلة أهل الطريق الأعظم على قرب المحال إليه ، فإن وجد في أرض ليست ملكاً لأحد جزيرة أو فلاة من الأرض ، فعلى أدنى القرى إليه من يسمعهم الصوت ، فإن لم يكن حوله من القرى من يسمع الصوت من عند القتيل إلى القرى فدمه هدر .

١٩٣٤١ - وإذا جرح الرجل في قبيلة أو أصابه حجر لا يدري من رماه فشجه، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، فعلى الذين أصيب فيهم الدية والقسامة ؛ لأن هذا قتيل وجد في محلة أو قبيلة لا يدري من قاتله ، فتجب القسامة على أهل القبيلة ، والدية على عواقلهم .

وإن لم يصر صاحب فراش وكان صحيحاً يذهب ويجيء ، ثم مات ، فلا شيء فيه على أهل المحلة الذي جرح فيها ، وذلك لأن أهل المحلة صاروا جارحين له حكماً لما جرح في المحلة ، ولا يدرى من جارحه ، فيعتبر بما لو باشروا جرحه كان الجواب على هذا التفصيل ، فكذا هذا ؛ لأن الموت لا بد له من مرض يتقدمه ، فمتى صار صاحب فراش عقيب الجراحة ، ومات ، علمنا أن مرض الموت حدث من الجراحة ، وكان مضافاً إليه مع حكمه ، وهو الموت ، وإذا كان صحيحاً يذهب ويجيء ، ما حدث من مرض الموت بعد ذلك لا يمكن أن يحال إلى الجراحة ، وقد تخلل بينهما صحة ، فجعل ميتاً حتف أنفه ذكر المسألة في الأصل من غير ذكر خلاف .

وذكر المسألة في "المنتقى" وزاد فيها ، فحمل إلى أهله ، وذكر أن على قول أبي حنيفة رحمه الله : إذا لم يزل منها صاحب فراش حتى مات ، فعلى أهل المحلة الدية والقسامة ، وإن كان يجيء ويذهب ، ويخرج ثم مات ، فلا ضمان ، ولا قسامة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا شيء فيه إذا حمل إلى أهله حيا وهو قول ابن أبي ليلى .

١٩٣٤٢ - وفيه أيضاً . رجل معه جريح وبه رمق ، حمله رجل إلى أهله ، فمكث جريحاً يوماً أو يومين ، ثم مات ، فلا ضمان على الذي كان في يده عند أبي يوسف رحمه الله ، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله : هو ضامن ، وهذا بناء على المسألة الأولى ؛ لأن يد هذا بمنزلة المحلة ، فصار وجوده جريحاً في يد هذا بمنزلة وجوده جريحاً في المحلة .

١٩٣٤٣ - وإذا وجد قتيل في عسكر ، والعسكر قد نزلوا في الأرض ، فهذا على وجهين : إما أن نزلوا في ملك خاص لرجل ، أو نزلوا في موضع مباح لا يملكه أحد ، وكل وجه من ذلك على وجهين : إما أن نزلوا قبائل متفرقين ، أو نزلوا جملة مختلطين ، وقد وجد القتيل في فسطاط أحدهم ، أو في خيمة أحدهم ، أو وجد خارج الخيمة والفسطاط ، فإن كانوا نزلوا في ملك خاص لرجل ، فالقسامة والدية على مالك هذا المكان ، سواء وجد قتيلاً في الخيمة والفسطاط أو خارج الخيمة نزلوا قبائل متفرقين أم نزلوا جملة مختلطين ؛ لأن العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان ، والقسامة والدية على المالك لا على السكان .

وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فإنهما يقولان : بوجوب الدية والقسامة على الملاك لا على الساكن في الدار والمحلة ، فكذا هذا .

وإنما الإشكال على قول أبي يوسف رحمه الله على الرواية التي قال : يجب على الساكن ، لا على الملاك في المحلة والدار جميعاً ، وهنا يقول : يجب على الملاك لا على الساكن .

ووجه الفرق له ظاهر ، وهو أن العسكر نزلوا هذا المكان للانتقال لا للقرار ، وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة فكأنهم مارون ، فأما الساكن في الدار والمحلة إنما نزل للقرار لا للانتقال ، فإذا كان هذا السكنى للقرار ، لا للانتقال لا بد من اعتباره ، فتجب القسامة والدية على الساكن لا على المالك ؛ لما ذكرنا .

فأما إذا نزلوا في موضع مباح ، فهذا على وجهين : إما أن نزلوا قبائل قبائل أو مختلطين جملة ، فإن نزلوا قبائل قبائل إن وجد هذا القتيل في خيمة أحدهم أو فسطاط أحدهم ، فإنه تجب القسامة والدية على صاحب الخيمة والفسطاط ؛ لأن الرأي والتدبير في الخيمة والفسطاط إلى صاحبها لا يشاركه في ذلك أحد ، فيشبه من هذا الوجه الدار في محلة يوجد فيها قتيل ، وهناك القسامة والدية تجب على صاحب الدار لا على المحلة فكذلك هنا .

فأما إذا وجد خارج الخيمة في قبيلة ، فإنه تجب القسامة والدية على القبيلة التي

قتيل المكان الذي وجد فيه ، ألا ترى أنه ترجح احتمال أنه قتيل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح ، ولهذا جعل شهيداً ، وجعل في حق الشهادة قتيل المشركين لا قتيل المسلمين ، إذ لو جعل قتيل المسلمين لا يكون شهيداً ؛ لأنه يستحق الدية على أهل ذلك المكان ، والشهيد من يكون عوض دمه على الله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ﴾[1] الآية ، فكذلك هنا ، فإذا ترجح هذا الاحتمال حملاً لأمر المسلمين على الصلاح سقط اعتبار الاحتمال الآخر ، وتعيين هذا قتيل أهل الشرك .

فأما في قتيل الفريقين من المسلمين عصبية كالكلاباذي والدوراركي احتمل أن يكون القتيل قتيل أهل المكان الذي وجد فيه ، واحتمل أن يكون قتيل عدوه ، ولم يمكن ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ؛ لأنه إلى أي الأمرين أحلنا القتل عليه لم يكن فيه حمل أمر المسلمين على الصلاح ؛ لأن كلا الفريقين مسلمان ، وإذا لم يترجح أحد الاحتمالين على الآخر بقي حال القتيل مشكلاً احتمل أن يكون قتيل عدوه الذي يقاتل ... إلا أن إيجاب القسامة على أهل المكان حال وقوع الشك في القاتل جائز ، ورد به النص ، ولم يرد النص بالقسامة والدية على غير أهل المكان الذي وجد القتيل حال وقوع الشك في القاتل ، فلهذا وجب الدية والقسامة على المكان الذي وجد فيه القتيل ، ولم يجب على عدوه الذي قاتله في هذا المكان .

ثم في مسألة الدوراركي مع الكلاباذي إذا ادعى ولي القتيل على الفريق الآخر أنهم قتلوه ، أو على رجل منهم بعينه أنه قتله برئ أهل المحلة عن الدية والقسامة ، ولكن لا يثبت القتل على أولئك إلا بحجة ؛ لأن مجرد الدعوى لا يصلح سبباً للاستحقاق ، إنما يصلح سبباً لبراءة الغير فيثبت براءة أهل المحلة بمجرد الدعوى على غيرهم ، ولا يثبت القتل على ذلك الغير إلا بحجة بخلاف ما إذا عين رجلاً من أهل المحلة ، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة في الشرع على حالها ، ولم يتضمن ذلك براءتهم ؛ لأن وجوب القسامة على أهل المحلة في الشرع دليل على أن القاتل منهم ، وتعيين الولي واحداً منهم لا ينافي هذا الأمر لأنه منهم ، وتعيين غيرهم ينافي ذلك ؛ لأن ذلك بيان أن

---

[1] سورة التوبة : الآية ١١١ .

القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم تقديراً، ولم يثبت ذلك عند تعيين الولي غيرهم.

وروي عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن القسامة تسقط، وكذلك في مسألة المدورة التي مع الكلاباذي إذا عرف القاتل، فلا دية ولا قسامة في القتيل على أهل المحلة، ولكن ينظر إن قتله القاتل دفعاً عن نفسه حين قصد قتله بالسلاح فلا شيء على القاتل، وإن قتله لا في حال قصده إليه لا يجب القصاص، ولكن تجب الدية، ذكر في فصل وجوب الدية السيد الإمام أبو شجاع في شرح الجامع الصغير في مسألة قوم أجلوا عن قتيل.

٩٣٤٥ - وإذا وجد الرجل قتيلاً على دابة يسوقها رجل، أو يقودها، أو كان راكبها، فهو على الذي مع الدابة هكذا ذكر محمد رحمه الله، ولم يفصل بينما إذا كان للدابة مالك معروف، وبينما إذا لم يكن بل أطلق الجواب إطلاقاً.

من مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف، وإنما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق، فأما إذا كان للدابة مالك معروف، فإنه يجب على مالك الدابة، وهذا لأنه متى لم يكن للدابة مالك معروف، فالمالك من حيث الظاهر الذي في يده الدابة، ألا ترى أنه لو ادعى أن الدابة دابته، كان القول قوله، فإذا كان ذو اليد مالكاً من حيث الظاهر، فالقسامة والدية تجب عليه بظاهر ملكه، فإذا أراد أن يحوله إلى غيره لا يقدر كما في الدار إذا أقر الذي في يده الدار أن الدار لغيره، ولم يكن المقر له مالكاً معروفاً للدار لا يصدق ذو اليد، فأما إذا كان مالك الدابة معروفاً، فإنه تجب الدية والقسامة على مالك الدابة لا على الذي في يده الدابة كما في الدار، فعلى ما قالوا: لا يقع الفرق بين الدابة والدار.

ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله في كتاب العتاق: إن الرجل إذا استولد جارية في يده، ثم أقر أنها لفلان إن كان المقر له مالكاً معروفاً لهذه الجارية صدق المستولد، ولم تصر أم ولد له، وإن لم يكن المقر له مالكاً معروفاً للجارية لم يصدق؛ لأنها صارت أم ولد له من حيث الظاهر، فكذلك هذا فمن حمل المسألة على هذا التأويل، لا يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الدار.

وأما إذا وجد قتيل في السفينة، فالجواب فيه كالجواب في الدابة. منهم من قال: إنما تجب على الركاب دون المالك إذا لم يكن للسفينة مالك معروف، فأما إذا كان لها مالك معروف تجب على مالك السفينة، ومنهم من قال: إنه في الحالين يجب على الذين كانت السفينة في أيديهم لا على مالك السفينة، وإطلاق محمد رحمه الله الجواب دال على هذا، والسفينة والدابة سواء؛ لأنه نص في الموضعين، فتكون العبرة فيهما بمعنى النص، ولأنه لا يتصور زوال يد المالك عن السفينة، [illegible] زوال اليد عن الدابة، فصارت السفينة نظير الدابة من هذا الوجه.

١٩٣٤٦ - وإذا وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه قال أبو حنيفة رحمه الله: فإنه لا يهدر دمه، وتجب ديته على عاقلته ولا تجب القسامة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأنه يهدر دمه ولا شيء على عاقلته.

وجه قولهم في ذلك: أن غيره لو وجد قتيلاً في داره جعل صاحب الدار قاتلاً له حكماً لتلك الدار حتى وجبت القسامة والدية على صاحب الدار، فإذا وجد هو قتيلاً فيها جعل قاتلاً نفسه حكماً لتلك الدار، إلا أنه لو باشر قتل أجنبي لم يهدر دمه، ولو باشر قتل نفسه هدر دمه، ولم يجب على عاقلته شيء، فكذا إذا جعل قاتلاً حكماً يعتبر بالقتل الحقيقي في الموضعين.

والدليل على صحة ما ذكرنا في المكاتب إذا وجد قتيلاً في داره: هدر دمه؛ لأن غيره لو وجد قتيلاً كان قاتلاً له حكماً لتلك الدار، فإذا وجد هو قتيلاً جعل قاتلاً نفسه حكماً لتلك الدار، والمكاتب متى قتل نفسه هدر دمه، فكذا هذا.

١٩٣٤٧ - وهذا بخلاف ما لو وجد واحد من أهل المحلة قتيلاً في المحلة، فإنه لا يهدر دمه وتجب القسامة على أهل المحلة، والدية على عاقلتهم كما لو وجد أجنبي قتيلاً في المحلة، فقد سويا في حق المحلة بين ما إذا وجد الأجنبي قتيلاً في المحلة، وبين ما إذا وجد واحد من أهل المحلة قتيلاً في المحلة، وفرق في الدار بين ما إذا وجد أجنبي فيها قتيلاً، وبين ما إذا وجد صاحب الدار، وذلك لأن أهل المحلة ما صاروا إذا وجد الأجنبي قتيلاً فيها، لأنهم صاروا قاتلين له حكماً، حتى إذا وجد واحد منهم قتيلاً يهدر دمه، وإنما ضمنوا لتركهم حفظ المحلة عن القتل، والرأي والتدبير في إصلاح [illegible] اليوم ما يلي ذلك

المرأة والمكاتب من أهل المحلة لا يضمنوا شيئًا، ولو جعلوا قاتلين لوجب على الكل، فإذا وجد واحد منهم قتيلاً، فقد وجد من الباقين ترك الحفظ، فصاروا ضامنين. فأما الدار إذا وجد فيها أجنبي إنما ضمن صاحب الدار؛ لأنه صار قاتلاً له حكمًا بملك الدار لا بترك الحفظ بدليل أن صاحب الدار إذا كان مكاتبًا أو امرأة وجب الضمان، فإذا وجد صاحب الدار قتيلاً يجعل قاتلاً نفسه أيضًا حكمًا بملك الدار إلا أن من قتل نفسه حقيقة هدر دمه، فكذا إذا صار قاتلاً نفسه حكمًا وجب أن يهدر دمه، ولكن هذا الفرق مشكل عندي.

وأبو حنيفة رحمه الله احتج في المسألة بما روي أن رجلاً كان يلعب بسيفه على فرسه، فقتل نفسه، فأوجب عمر رضي الله عنه الدية على عاقلته، فإيجاب عمر رضي الله عنه الدية على عاقلته، وقد تيقن بقتله نفسه يكون إيجابًا على عاقلته حال وقوع الإشكال؛ لأنه قتيل نفسه أو قتيل غيره من طريق الأولى، واحتج أيضًا بما روي أن النبي ﷺ أنه قال: «لا يترك في الإسلام دم مفرج»[1] ذكر المعنى هذا الحديث في الكتاب، وقال: معناه لا يترك في الإسلام دم بغير دية ثم يفصل.

واختلف عبارة المشايخ في المعنى لأبي حنيفة رحمه الله في المسألة من مشايخنا من قال: بأن هذا قتيل وجد في دار غيره، فلا يهدر دمه قياسًا على ما لو وجد فيه أجنبي، وإنما قلنا: إنه وجد في دار غيره؛ لأنه حين ظهر القتل كانت الدار للورثة.

فإن قيل: كان يجب أن يكون الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلته، وقد قال في الكتاب: يجب على عاقلة القتيل.

قلنا: تأويله إذا كان عاقلة المقتول وعاقلة الوارث واحدة، فأما إذا اختلف عاقلتهما فإنه يجب على عاقلة الورثة لا على عاقلة المقتول، وهو اختيار الفقيه أبي بكر الرازي، قيل: هذه الطريقة لا تقوى، وذلك لأن العبرة في إيجاب القسامة والدية لحال الجرح لا لحال الموت، والجرح وجد في الدار والدار دار القتيل لا دار الورثة، وعن هذا من وجد جريحًا في محلة، فانتقل إلى محلة أخرى، ومات فيها، فإنه تجب القسامة والدية على أهل المحلة التي وجد جريحًا فيها لا على المحلة التي مات فيها، والدليل

---

(١) هذا الحديث لم يوجد.

قاتلاً نفسه مع غيره من أهل المحلة حكماً ؛ لما لهم من الرأي والتدبير في المحلة ، ولهذا لو وجب بعض الدية على عاقلة القتيل والدية على عاقلة الإنسان لا تجب إلا بعد وجود القتل منه ، فدل أن القتيل إذا كان من محلة اعتبر قاتلاً نفسه حكماً ؛ لما له من الرأي والتدبير في المحلة ، ثم لم يوجب ذلك هدر دمه لما صار قاتلاً نفسه حكماً ، وهذا لأنه لا يجوز أن يثبت الشيء حكماً لغيره ولا يثبت مقصوداً ، فكذلك هذا في قولي ؛ لأن في ذلك مسألة لو اعتبر قتل نفسه هدراً ، فإنما يهدر بعض دمه ، فما يهدر الكل .

وإن قيل : لو وجبت الدية على العاقلة لوجبت للعاقلة له ، فإنه يقضي من ذلك ديونه ، وتنفذ وصاياه ، وهذا لا يجوز ؛ لأن العاقلة تعقل عن القاتل لغيره لا للقاتل .

قلنا : هذا جائز إن كانت المطالبة بالدية تجب لغير القاتل كما لو وجد واحد من أهل المحلة قتيلاً في المحلة فإنه يجب بعض الدية على عاقلته ، فإنهم يؤدون عنه من حيث إنه يقضي ديونه ، وتنفذ وصاياه ، ولكن المطالبة لغيره وهو الورثة تجوز ، فكذلك هذا .

والمكاتب إذا وجد قتيلاً في داره لا يقول : هدر دمه بقتله نفسه حكماً تلك الدار ، لكن تعذر الإيجاب ؛ لأنه لو وجب ، وجب عليه ؛ لأنه عاقلة نفسه ، وإنه غير ممكن ، وإنما يمكن ؛ لأن عاقلته غيره لا هو ، ولا تجب القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن القسامة إنما تجب على القاتل الحكمي وإنه ميت لا يمكن إيجاب القسامة عليه ، فأما الدية فإنها تجب على عاقلته ، وإنهم أحياء كما في المحلة وجبت القسامة على أهل المحلة ، والدية على عواقلهم .

قياس مسألتنا من المحلة أن لو وجد جميع أهل المحلة قتلى ، ولو كان كذلك تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة ، وهذا لأن الشرع أوجب القسامة على القاتل والدية على عاقلته -والله أعلم- .

وذكر في "المنتقى" : عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله : أن من وجد قتيلاً في دار نفسه ، فليس فيه قسامة ولا دية .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله : أنه قال : على سكان القبيلة وعلى عاقلته القسامة والدية لورثته ، قال : وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، فرواية ابن أبي

مالك تخالف رواية الأصل ورواية الحسن بن زياد.

١٩٣٤٨ - وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم ولد، أو الذي يسعى في بعض قيمته قتيلاً في محلة، ففيهم القسامة، وتجب القيمة على عواقل أهل المحلة في ثلاث سنين.

وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجب عليه شيء في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد، وهذا لأنه يجعل الجناية على العبد إذا كانت موجبة للمال كالجناية على البهائم، ولهذا قال: إنه تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو وجد دابة قتيلاً في محلة فإنه لا شيء على أهل المحلة فكذا هذا، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله العبيد في حق الجناية عليهم موجبة للمال أم موجبة للقصاص بمنزلة الأحرار، ولهذا قال: لا تبلغ قيمته بالغة ما بلغت إذا كانت أكثر من عشرة آلاف، وتجب القيمة على العاقلة إذا كان خطأ، وإذا كان عمداً يجب القصاص، والحر لو وجد قتيلاً في محلة فإنه تجب القسامة والدية، فكذلك هذا.

وأما معتق البعض فإنه تجب به القسامة والدية عندهم جميعاً؛ لأنه بمنزلة حر مديون عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والحر إذا وجد قتيلاً في محلة، فإنه يجب على أهل المحلة القسامة والدية، وعند أبي حنيفة رحمه الله هو بمنزلة المكاتب، والحكم في المكاتب إذا وجد قتيلاً في محلة عنده هذا - والله أعلم -.

وإذا وجد العبد قتيلاً في دار مولاه، فلا شيء فيه؛ لأن المولى صار قاتلاً له حكماً بملك الدار، فيصير كما لو باشر قتله، ولو باشر قتله لم يكن على المولى شيء، فكذا هذا.

قالوا: وهذا إذا لم يكن على العبد دين، فأما إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين، وقد نص محمد رحمه الله على هذا التفصيل في كتاب المأذون، وذلك لأن المولى لو باشر قتله في هذه الحالة ضمن الأقل من قيمته ومن الدين للغرماء، فكذلك إذا صار قاتلاً له حكماً بملك الدار.

١٩٣٤٩ - والمكاتب إذا وجد قتيلاً في دار مولاه؛ فالقيمة على مولاه في ماله يستوفى من ذلك ما بقي من مكاتبته، وما بقي، فهو ميراث؛ لأن المولى صار قاتلاً له حكماً بملك الدار، فيصير كما لو باشر المولى قتله، ولو باشر قتله ضمن قيمته مؤجلاً في

ثلاث سنين يستوفى من ذلك مكاتبته، وما بقي فهو ميراث، فكذا هذا؛ إلا أن المولى إذا صار قاتله لا يرث منه، وإن لم يكن له وارث آخر، وهنا يرث؛ لأن حرمان الميراث يتعلق بمباشرة القتل، ألا ترى أن حافر البئر لا يحرم الميراث، وإن صار قاتلاً حتى تجب الدية؛ لأنه ليس بمباشر للقتل، ولم يثبت من المولى مباشرة القتل، فلا يحرم عن الميراث بخلاف ما لو باشر قتله، ففي هذا الحكم يفترقان، فأما في حق إيجاب الضمان فهما يستويان.

ولو وجد المكاتب قتيلاً في دار نفسه فدمه هدر لا شيء عليه، وهذا عندهم جميعاً، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين الحر إذا وجد قتيلاً في داره، وأبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المكاتب والحر، وقد ذكرنا الفرق قبل هذا.

١٩٣٥٠ - وإذا وجد فيهم دابة، أو نحو ذلك، فلا شيء عليهم، وذلك لأن القياس في الآدمي إذا وجد قتيلاً في محلة أن لا يجعل أهل المحلة قتلته عند وقوع الشك أن القتل وجد منهم أو من غيرهم إلا أن الشرع جعلهم قتلة حالة الشك تعظيماً لأمر الدم، وما يثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد بجعل أهل المحلة قتلته حال وقوع الشك تعظيماً لأمر الدم لا يكون وارداً في غير الآدمي دلالة، وليس لغير الآدمي من الحرمة ما للآدمي، وإذا لم يعتبر وارداً دلالة رد إلى ما يقتضيه القياس - والله أعلم -

١٩٣٥١ - وإذا وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب، فلا شيء على أهل المحلة، وذلك لأن الجنين لا يكون أعلى حالاً من الكبير، والكبير إذا وجد ميتاً في محلة، وليس به أثر القتل، فإنه لا يجب على أهل المحلة شيء؛ لأن القسامة عرفت شرعاً بخلاف القياس في القتيل لا في الميت، والقتيل إنما يفارق الميت باعتبار الأثر، فهذا أولى، فأما إذا كان به أثر الضرب، فهذا على وجهين: إما أن يكون تاماً أو ناقص الخلق، فإن كان تام الخلق، وبه أثر الضرب وجبت القسامة، والدية على أهل المحلة كالكبير إذا وجد ميتاً في محلة، وبه أثر الضرب.

فإن قيل: الكبير إذا وجد ميتاً، وبه أثر الضرب قد تيقنا بقتله؛ لأنا تيقنا حياته[1] إن شككنا فيمن قتله، فأما هنا لم يتيقن بقتله؛ فإنه يجوز أنه انفصل ميتاً من أمه، ويجوز أنه انفصل حيّاً إلا أن الجواب عنه أن الجنين إذا كان تام الخلق، فالظاهر أنه انفصل حيّاً، فإن الظاهر والأغلب في مستبين الخلق أن ينفصل حيّاً من أمه، فثبتت الحياة من حيث الظاهر متى كان تام الخلق، وإذا كان به أثر القتل كان القتل ثابتاً من حيث الظاهر إلا أن القتل الثابت من حيث الظاهر يكفي لإيجاب القسامة والدية على أهل المحلة، ألا ترى أن البالغ إذا كان به أثر الضرب، جعل قتيلاً من حيث الظاهر، وإن من الجائز أنه مات حتف أنفه لا بالضرب، فكذا هذا.

فأما إذا كان ناقص الخلق، فالظاهر أنه انفصل ميتاً لا حيّاً، فلا يثبت كونه قتيلاً، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الظاهر، ومن لم يثبت كون الآدمي قتيلاً، إما باعتبار الحقيقة، أو باعتبار الظاهر، فإنه لا تجب القسامة والدية، كما لو وجد الكبير ميتاً، وليس به أثر القتل.

٢٥٣٩٢ - وإذا وجد الرجل قتيلاً في دار امرأة، فإن القسامة عليها تكرر عليها الأيمان حتى تتم خمسون يميناً، وتجب الدية على عاقلتها في قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول، وفي قوله الآخر تجب القسامة والدية على عاقلتها، ولا يكون عليها قسامة، وقول أبي حنيفة رحمه الله نظير قول محمد رحمه الله، وأجمعوا على أن القتيل إذا وجد في دار صبي، فإنه لا يكون على الصبي قسامة، وإنما تجب القسامة والدية على عاقلته.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله الآخر ظاهر، وهو أن المرأة ليست من أهل العقل، فلا تجب عليها قسامة قياساً على الصبي لما لم يكن من أهل العقل لم يكن عليه قسامة، ولهذا لم تجب عليها قسامة إذا وجد القتيل في المحلة، فكذا في الدار، وإنما قلنا: ليست من أهل العقل لأن المرأة لا تعقل، هكذا روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يعقل صبي ولا امرأة»[2]، وهذا لأن العقل بالتناصر والمرأة ليست من أهل النصرة.

---

(1) هكذا في ط وم، وكان في الأصل وف: حياته.

(2) هذا الحديث لم يوجد.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن المرأة أصل في الرأي والتدبير في أسباب دارها، فيجب عليها القسامة قياسًا على الرجل، وقياسًا على أصحاب الخطة في المحلة، وإذا وجد القتيل في المحلة إنما لا تجب عليها القسامة؛ لأنه لا رأي لها ولا تدبير في أسباب المحلة، وأما التدبير في أسباب دارها إليها كما في الرجل في داره، وبخلاف الصبي؛ لأنه ليس له رأي وتدبير في أسباب داره، وإنما الرأي والتدبير لعشيرته، فنزل الصبي في داره تابع ليس له رأي وتدبير في داره بمنزلة الأجنبي بخلاف المرأة، ولأن القسامة يمين، والمرأة من أهل اليمين في المال والنفس، فيكون من أهل القسامة كالحر البالغ بخلاف الصبي؛ لأن الصبي إن كان من أهل اليمين في المال ليس من أهل اليمين في النفس، فلهذا لا تجب عليه القسامة.

١٩٣٥٣- وإذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة قتيل إن لم يكن عليه دين، فالقسامة على مولاه، والدية على عاقلة المولى قياسًا واستحسانًا عندهم جميعًا؛ لأن الدار ملك المولى رقبة وتصرفًا، فأما إذا كان على العبد دين فكذلك الجواب على قولهما، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله استحسانًا؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى في كسبه، ولأن ملك العبد فيها شبهة ملك، وملك المولى فيها ملك حقيقة، والعبد مع المولى بمنزلة المستأجر مع المالك.

وقيل: هذا قياس قولهما، وفي الاستحسان لا يجب على المولى شيء؛ لأن المولى إن كان مالكًا للدار عندهما، فهو ممنوع عن التصرف فيه، فصار بمنزلة الأجنبي، وإذا لم يجب على المولى شيء تجب القسامة على العبد، ويقال للمولى بعد ما حلف: إما تدفع العبد أو تفديه؛ لأن العبد اعتبر قاتلا له حكمًا؛ لأنه أقرب إلى القتيل من غيره، وهو من أهل أن يلزمه حكم الجناية.

فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فالقياس أن تجب القسامة على العبد، وإذا حلف، يقال لمولاه: إما أن تدفع وإما أن تفدي، وفي الاستحسان يجب على المولى القسامة والدية على عاقلته. ذكر القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان على العبد دين في كتاب المأذون.

وجه القياس في ذلك أن المولى كالأجنبي في أكساب عبده المأذون المديون، فإنه

لا يملكها لا رقبة ولا تصرفًا.

وجه الاستحسان وهو أن المولى أقرب إلى هذا القتيل من غيره من قبل أنه يملك أن يجعل هذا الدار لنفسه بأن يقضي دين الغرماء، وغير المولى لا يملك ذلك إلا برضاء المولى الغريم، وغيره في ذلك على السواء - والله أعلم -

١٩٣٥٤ - وإذا وجد في دار المكاتب قتيل، فعلى المكاتب الأقل من قيمته ومن دية القتيل؛ لأن المكاتب اعتبر قاتلا له حكمًا على ما مر، فيعتبر بما لو قتله حقيقة، ولو قتله حقيقة كان الجواب كما قلنا، فكذلك هنا. وهل تجب عليه القسامة؟ لم يذكر هذا في الكتاب، ولا شك على قول أبي حنيفة رحمه الله: إنما تجب كما لو وجد قتيل في دار المرأة، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: لا تجب على قوم لآخر؛ لأن المكاتب ليس من أهل العقل، فصار نظير المرأة، ومنهم من قال: تجب عليه القسامة بخلاف المرأة.

١٩٣٥٥ - وإذا وجد قتيل في محلة، وزعم أهل المحلة أن رجلا منهم قتله يريد به أن أهل المحلة قالوا: فلان قتله، وفلان من هذه المحلة إلا أن ولي القتيل لم يدع القتل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية. ثم كيف يحلفون؟ على قول أبي يوسف رحمه الله يحلفون بالله ما قتلنا فحسب، ويرفع منهم، ولا علمنا له قاتلا.

وقال محمد رحمه الله: يحلفون ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان، والفتوى على قول محمد رحمه الله؛ لأنه أحوط.

حجة أبي يوسف رحمه الله: أن فائدة الاستحلاف على العلم أن يعترفوا أنا علمنا له قاتلا. فربما يصير ذلك سببًا لثبوت القتل عليه وقد اعترفوا بذلك فلا معنى لاستحلافهم على العلم.

فأما محمد رحمه الله يقول: بأن استحلافهم على العلم مفيد لجواز أنهم عرفوا قاتلا آخر مع فلان، وإنما عينوا فلانًا قاتلا ليسقطوا اليمين عن أنفسهم في حق غيرهم، فيجب أن يحلفوا على العلم، ويستثنوا منه فلانًا؛ لأن الاستحلاف في حق فلان على العلم، وقد أقروا به لا يفيد، فأما يفيد في حق غيره رجاء أن يقروا بغيره - والله أعلم

١٩٣٥٦ - ومن وجد قتيلا في السجن لا يعرف من قتله، فالدية في بيت المال عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما هي على أهل السجن؛ لأنهم سكان، وولاية التدبير إليهم. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: أهل السجن مقهورون لا يتناصرون فيما بينهم، فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل النصرة، ولأن منفعة السجن تعود إلى عامة المسلمين؛ لأن السجن بني لاستيفاء حقوقهم ودفع الشرور عنهم، فيكون الغرم عليهم. وفي المنتقى: ذكر قول محمد رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله.

١٩٣٥٧ - وإذا كانت الدار مستأجرة وهي مقفلة فوجد فيها قتيل، فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله؛ لأن أبا حنيفة ومحمدا رحمهما الله يعتبران الملك بدون السكنى، فصار وجود السكنى وعدمه سواء، وأبو يوسف رحمه الله يرجح السكنى على الملك عند الاجتماع، وإذا لم يكن ثمة سكنى يعتبر الملك.

١٩٣٥٨ - ولو أن رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث، فوجد أحدهما مذبوحا. قال أبو يوسف رحمه الله: يضمن الآخر الدية، وقال محمد رحمه الله: لا أضمنه. محمد رحمه الله يقول: يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أن يكون قتله الآخر، فلا أضمنه بالشك، وأبو يوسف رحمه الله يقول: بأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه، وكان التوهم ساقطا، كما لو وجد قتيلا في محلة، فإنه لم يلتفت إلى هذا التوهم - والله أعلم -.

١٩٣٥٩ - وإذا وجد قتيلا في محلة، وادعى ولي القتيل على أحد من غير أهل المحلة أنه قتله، وشهد له بذلك شاهدان عدلان، إن شهد له بذلك شاهدان عدلان من غير أهل المحلة التي وجد فيها القتيل، فإنه يقبل شهادتهما، ويقضى بالقتل على المدعى عليه، ويبرأ أهل المحلة التي وجد فيها القتيل عن الدية والقسامة؛ لأن المدعي أثبت ما ادعى من القتل بشهادة عدلين خلت شهادتهما عن التهمة، فصار الثابت بشهادتهما كالثابت معاينة، ولو عاينا أن المدعى عليه قتله لم يكن على أهل المحلة دية ولا قسامة، فكذا هذا.

وإن شهد له بذلك شاهدان عدلان من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل، قال أبو

بحقيقة الخصومة في تلك الحادثة بأن يخاصم، أو يخاصم معه كالوكيل بالخصومة إذا خصم، أو بوجوب الحق عليه إن لم توجد الخصومة كالبائع إذا شهد بتسليم الشفعة على الشفيع للمشتري بعد ما سلم الدار إلى المشتري، وإنه لا تقبل شهادته وإن لم يوجد، فخاصمه الشفيع معه؛ لأنه صار خصمًا للشفيع بنفس البيع، فإنه يلزمه التسليم بنفس البيع إلى الشفيع متى كان الدار في يده، وطلب الشفعة منه، ولم يوجد واحد من الأمرين في مسألتنا، لم توجد حقيقة المخاصمة، فإن ولي القتيل لم يخاصمهم، ولا وجب عليهم حق بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم؛ لأن الذي يجب هنا الدية والقسامة، ولم يجب عليهما الدية والقسامة للمولى بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم؛ لأن القياس أن لا تجب عليهم الدية والقسامة لاحتمال أن القتيل كان من غيرهم إلا أنا أوجبنا ذلك بالنص، والنص أوجب ذلك بوجود القتيل وبدعوى المدعي، فما لم يوجد الدعوى، لا يعتبر الحق واجبًا عليهم، وإذا كانوا كذلك لم يصيروا خصمًا بحقيقة المخاصمة ولا بوجوب الحق عليهم؛ لكن كانوا بعرض أن يصيروا خصمًا بدعوى ولي القتيل القتل عليهم، وقد بطلت هذه العرضية بدعوى ولي القتيل القتل على غيرهم، قبلت شهادتهم كما في المسائل التي ذكرناها.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن صيرورة الإنسان خصمًا كما يثبت بحقيقة المخاصمة يثبت بوجوب الحق عليه بدليل مسألة الشفعة التي مرت، قلنا: وبوجود القتيل بين أظهرهم وجبت الدية والقسامة عليهم بدليل قول عمر رضي الله عنه: «إنما حصنتم دماءكم بأيمانكم، وإنما غرمتم الدية لوجود القتيل بين أظهرهم»[1]، والحكم يدل عليه، فإنا أجمعنا على أنه متى ادعى ولي القتيل القتل على أهل المحلة، فالدية والقسامة واجبة على أهل المحلة، ولا يجوز أن يضاف الوجوب إلى الدعوى؛ لأن الدعوى لا أثر له في الاستحقاق علمنا أن الوجوب كان لوجود القتيل بين أظهرهم، وإذا وجبت القسامة والدية عليهم بوجود القتيل بين أظهرهم صاروا خصمًا في هذه الحادثة فلا تقبل شهادتهم.

١٩٣٦٠ - وهذا بخلاف الوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة؛ لأن الوكيل

---

(١) ما وجد

ثمة لم يصر خصماً ؛ لأنه لم يوجد منه الخصومة حقيقة ، وبنفس التوكيل لم يجب عليه حق ، وبخلاف مسألة الشفعة ؛ لأن الشفيع لم يصر خصماً قبل الطلب ؛ لأنه لم يخاصم حقيقة ، ولا يثبت له حق قبل الطلب ؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت بالطلب على ما قال عليه السلام : «الشفعة لمن طلبها»(١) ، وبخلاف الموصى له بالثلث ؛ لأنه لم يصر خصماً قبل القبول ؛ لأنه لم يخاصم حقيقة ، ولا يثبت له حق قبل القبول ؛ لأن حق الموصى له إنما يتم بالقبول ، فقبل القبول الثابت له ملك موقوف ، وسبب الخصومة له الملك ، وإذا كان موقوفاً لم يكن سبب الخصومة ثابتاً له على البتات ، فلم يكن خصماً - والله أعلم - .

١٩٣٦١ - وفي «نوادر المعلى» : عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله : في قتيل يوجد في محلة فيها قبيلتان يحلف من قبيلة خمسون رجلاً .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يحلف من كل قبيلة خمسة وعشرون رجلاً ، قال هشام : وقد سمعت أبا يوسف رحمه الله قبل هذا بزمان في قتيل أصيب في دار بين رجلين من محلتين مختلفتين أنه يحلف من عاقلة كل واحد منهما خمسون رجلاً ، ثم يغرمون الدية .

١٩٣٦٢ - وفي «نوادر هشام» قال : سمعت محمداً رحمه الله يقول : إذا وجد قتيل في محلة ، وادعى أولياؤه عليهم ، وأقام أهل المحلة البينة أنه قتله فلان لرجل من غير محلتهم ، أو أنه جاء جريحاً حتى سقط في محلتهم ، ومات ، قال : يبرؤون عن الدية ، فإن ادعى أولياء الدم قتل رجل بعينه وأقاموا البينة على ذلك ، فأقام المدعى عليه البينة أن فلاناً قتله لرجل آخر قال : لا أقبل هذه البينة ، قال : لأن هذا تهاتر ، وإنما افترق هذا والأول ؛ لأن هذا لا يلزمه الدعوى إلا ببينة ، وأهل المحلة يلزمهم من غير بينة ، هذا كله إذا وجد القتيل وبه أثر القتل نحو الجرح والضرب ، أما إذا وجد ميتاً ولم يكن به أثر القتل كالجرح وغيره لا شيء فيه ؛ لأنه يجوز أنه مات حتف أنفه .

وكذلك لو وجد بعض البدن كاليد أو الرجل ، أو وجد أقل من النصف ، فلا قسامة فيه ولا دية ، وإن وجد أكثر من النصف تجب القسامة والدية ، وإن وجد النصف

---

(١) هذا الحديث لم يوجد .

الفصل الثاني عشر
فيمن يأمر غيره بالجناية على الغير أو على نفسه

١٩٣٦٥ - الأصل في مسائل هذا الفصل : أن ضمان الفعل[1] لا يختلف باختلاف صفات الفاعلين ؛ لأنه مبني على تحقق الفعل ، والفعل يتحقق من الكل بصفة واحدة ، فلا يفرق بين الصغير والكبير ، والمحجور والمأذون في ضمان الأفعال بخلاف ضمان القول حيث يختلف باختلاف حال القائل ؛ لأنه يبتنى على صحة القول ، وصحة القول باعتباره شرعًا ، فإنما يجب على من يصح منه القول شرعًا . وأصل آخر ، وهو أن المأمور بمجرد الأمر لا يصير ملجئًا مضطرًا ، حتى لا ينتقل فعله إلى الآمر ، وبالإكراه يصير ملجئًا مضطرًا حتى ينتقل فعله إلى المكره .

والفرق بين الإكراه والأمر عرف في إكراه الأصل ، وأصل آخر ، وهو أن المسبب إلى الإتلاف إذا كان متعديًا ، فهو ملحق بحقيقة المباشرة في حق حكم الضمان .

١٩٣٦٦ - قال محمد رحمه الله في « الزيادات » : رجل حر أمر صبيًا حرًا بقتل رجل ، فقتله ، فعلى عاقلة الصبي الدية ؛ لأن القتل يتحقق من الصبي حسب تحققه من البالغ ، وبمجرد الأمر لم يصر ملجئًا مضطرًا ، فبقي فعله مقصورًا عليه ، فيؤاخذ به كما في البالغ إلا أن عمد الصبي وخطؤه سواء للقصور في قصده وعزمه ، وموجب قتل الخطأ الدية على العاقلة في ثلاث سنين .

ثم عاقلة الصبي ترجع بما لزمهم على عاقلة الآمر ؛ لأنه بالأمر بالقتل صار مسببًا للقتل ؛ لأن الصبيان يهابون القتل ، ولا يتجاسرون عليه إلا بحمل الغير إياهم لضعف قلوبهم ، فهو بهذا الأمر أثبت له نوع قوة وجراءة ، فكان مسببًا[2] ، وهو متعد في هذا التسبيب إلا أن تسببه اتصل بالمأمور دون المقتول ، فلم يجب الضمان على عاقلته بسبب القتل ، بل وجب على عاقلة القاتل بطريق التحمل عن القاتل ، ثم عاقلة القاتل يرجعون

(١) هكذا في الأصل و« ب » و« م » ، وكان في الأصل « الفعل » .

(٢) هكذا في « ظ » و« ب » ، وكان في الأصل و« م » « سببًا » .

على عاقلة الآمر؛ لأن الآمر هو الذي أوقعهم في هذه الورطة بسببه. ولهذا يرجعون على عاقلة الآمر بذلك في ثلاث سنين، كما يغرمون ذلك في ثلاث سنين، وهو نظير ما قلنا: فيمن ربط بعيراً في قطار رجل، فقاد صاحب القطار الإبل، فوطئ البعير رجلاً، فقتله، تجب الدية على عاقلة صاحب القطار، ثم يرجعون بذلك على من أدخله فيه؛ كذا هنا.

وفي المسألة إشكال من وجهين: أحدهما: أن التسبيب إنما يعتبر إذا لم توجد المباشرة، وقد وجدت المباشرة هنا من الصبي عن اختيار. فينبغي أن لا يعتبر التسبيب هنا.

الثاني: أن الآمر إنما صار مسبباً بالقول، والضمان الواجب بالتسبيب هنا وجب بالقول، وما يجب بالقول من الضمان لا تتحمله العاقلة كما لو أقر بالقتل، وكشهود القصاص إذا رجعوا بعد القتل.

والجواب: أما الإشكال الأول قلنا: التسبيب إنما لا يعتبر في حق من اعتبرت المباشرة في حقه، ونحن لا نعتبر التسبيب في حق من اعتبرت المباشرة في حقه، بيانه أن المباشرة إنما وجدت بين القاتل والمقتول. ونحن لا نعتبر السبب في حقهما، بل اعتبرنا المباشرة في حقهما حيث أثبتنا حكم المباشرة، وهو وجوب الدية على عاقلة القاتل، وإنما يعتبر التسبيب بين عاقلة الصبي وبين عاقلة الآمر حتى كان لعاقلة الصبي حق الرجوع على عاقلة الآمر، ولا يعتبر المباشرة في حق هذا الحكم أصلاً.

وأما الإشكال الثاني قلنا: ليس هذا نظير الإقرار وشهود القصاص؛ لأن الإقرار يحتمل الصدق والكذب وهو متهم في العاقلة. فلا يصدق في حق العاقلة، وكذا شهود القصاص متهمون في الرجوع في حق العاقلة حتى لو انتفت التهمة بأن جاء المشهود بقتله حيًّا يجب الدية على عواقلهم كما ذكره الطحاوي، أما هنا الآمر إنما صار مسببًا بالأمر، ولكنه إنشاء وهو معاين لا يتمكن فيه التهمة كإنشاء القتل، فيثبت في حق العاقلة فوجبت الدية على العاقلة لهذا.

١٩٣٦٧ - وإذا أمر الحر عبداً كبيراً أو صغيراً مأذوناً أو محجوراً بقتل رجل، فقتله يخير مولى العبد بين الدفع والفداء؛ لأن المملوك أقدم على القتل عن اختيار، وبمجرد

الآمر لا ينتقل فعله إلى الآمر، فبقي مقصوراً، فيجب موجبه، وموجب جناية المملوك ما قلنا، ثم يرجع المولى على الحر الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن الفداء.

أما الرجوع لأن الآمر بالأمر صار مستعملاً لعبد الغير، واستعمال عبد الغير غصب كالاستخدام، والغصب سبب الضمان، ألا ترى أنه لو تلف في حالة الاستعمال كان ضامناً له، فإذا لحقه جناية في حال غصبه كان عليه ضمانه كمن غصب عبداً أو جنى عند الغاصب جناية، وخير مولاه بين الدفع والفداء، يرجع على الغاصب، وطريقه ما قلنا.

وأما الرجوع بالأقل لأن المولى متبرع في اختيار الزيادة ولا رجوع فيما يتبرع باختياره، ويكون ذلك في مال الآمر لا تتحمله العاقلة بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الواجب هنا ضمان غصب، فإن المأمور عبد، والعبد محل الغصب، وضمان الغصب لا تتحمله العاقلة. أما في المسألة الأولى الواجب ضمان جناية لا ضمان غصب، وضمان الجناية تتحمله العاقلة. ولو أمر الحر مكاتباً كبيراً أو صغيراً بقتل رجل، فقتله بأمره، فأمره باطل. وموجب القتل على المكاتب، لا يلزم الآمر من ذلك بخلاف ما تقدم من مسألة العبد والحر الصغير.

والفرق أن الرجوع على الآمر بحكم الجناية، ولا جناية هنا من الآمر؛ لأن الجناية إنما تتحقق بواسطة الاستعمال وإثبات اليد، وذلك لا يتحقق في حق المكاتب؛ لأن المكاتب في يد نفسه[1]، وإن كان صغيراً كالحر الكبير؛ لأن حكم الكتابة ملك اليد والكسب، فالحكم بصحة الكتابة حكم باليد للمكاتب، فكان في يد نفسه كالحر الكبير، ألا ترى أنه ليس بمحل الغصب كالحر بخلاف العبد؛ لأنه لا يد له على نفسه، ألا ترى أنه محل للغصب، فكان محلاً للجناية بواسطة الاستعمال وإثبات اليد، وبخلاف الحر الصغير؛ لأن الحر الصغير لا يد له على نفسه حقيقة ولم يوجد في حق نفسه عقد يتركه[2]، فكان محلاً للجناية بواسطة الاستعمال وإثبات اليد. قال في المكاتب: ألا ترى أن من حمل صبياً حراً أو قربه إلى مسبعة حتى افترسه السبع لا يضمن شيئاً، وما فرقنا لا

(١) وكان في الأصل: في حق نفسه.

(٢) وفي م: بمنزلة مكاتب يتركه.

تلافاً - والله أعلم - .

١٩٣٦٨ - قال في "الزيادات" أيضاً : عبد محجور عليه وهو كبير أمر عبداً محجوراً عليه كبيراً كان أو صغيراً بقتل رجل ، فقتله وخير مولاه بين الدفع والفداء ، لا يرجع المولى على الآمر بشيء حتى يعتق ، وإنما لا يرجع مولى القاتل على الآمر حتى يعتق ؛ لأنه لو رجع عليه رجع بأمره إذ الموجود منه ليس إلا الأمر ، والأمر قول ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال للحال ، أكثر ما فيه أن هذا ضمان غصب إلا أن الغصب هنا يتحقق بالقول ، فهذا غصب من حيث إنه قول كسائر الأقوال نحو الإقرار بالدين والكفالة ، وما أشبه ذلك ، والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال للحال للمعنى الذي بينا أن ضمان القول مبني على صحة القول ، وقول المحجور ليس بصحيح شرعاً بخلاف ما إذا غصب حقيقة ؛ لأن ذلك فعل ، والمحجور يؤاخذ بضمان الأفعال ؛ لأن ضمان الفعل مبني على تحقق الفعل ، والفعل يتحقق من المحجور عليه على حسب تحققه من المأذون ، فإذا عتق العبد الآمر يرجع مولى العبد المأمور عليه بقيمته ؛ لأن حجر العبد إنما يظهر في حق المولى لا في حق نفسه ، حتى كان قوله صحيحاً في حق نفسه لكن لم يؤاخذ به قبل العتق لحق المولى ، فإذا زال حق المولى بالعتق يؤاخذ به بهذا الطريق ، يؤاخذ بإقراره بالدين ، وبكفالته بعد الحرية ، فهذا الطريق موجود هنا .

وإن كان المأمور صبياً حراً ، وباقي المسألة بحالها ضمن عاقلة الصبي الدية ، ولا رجوع لهم على العبد الآمر لا في الحال ولا بعد العتاق .

وأما في الحال فلما قلنا ، وأما بعد العتاق ؛ لأن هذا ضمان الجناية لا ضمان غصب ؛ لأن الحر ليس بمحل للغصب ، وجناية العبد على المولى لا يخاطب به العبد أصلاً ، ألا ترى أنه لو باشر الجناية بنفسه ، ثم أعتقه مولاه لم يكن العبد مطالباً بشيء بحكم تلك الجناية ، كذا هنا بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن الواجب هناك ضمان غصب ، وضمان غصب يجب على الغاصب ، وإنما لا يؤاخذ قبل العتق لحق المولى ، وقد زال حق المولى بالعتق ، ألا ترى أن العبد المحجور إذا أقر بجناية الخطأ ، وكذبه المولى ، ثم أعتقه المولى ، لم يؤاخذ بشيء ، ولو أقر بالغصب ، وكذبه مولاه ، ثم أعتقه المولى ، أخذ به ، فهذا يبين لك الفرق بينهما .

ولو كان العبد الآمر صغيرًا محجورًا عليه والمأمور أيضًا صغيرًا محجورًا عليه، وباقي المسألة بحالها؛ لا يكون لمولى المأمور أن يرجع على الآمر لا في الحال ولا بعد العتق، أما في الحال فلما قلنا، وأما بعد العتق بخلاف البالغ؛ لأن الصغير محجور عليه في حق نفسه لصباه، كما هو محجور عليه في حق المولى، فلا يصح أمره في حق نفسه كما لا يصح في حق المولى، فكما لا يؤاخذ به للحال لا يؤاخذ به بعد العتق بخلاف البالغ؛ لأنه ليس بمحجور عليه حقًا لنفسه، فصح أمره في حق نفسه إن لم يصح في حق المولى، فأخذ به بعد العتق، أما هنا بخلافه.

١٩٣٦٩ - عبد مأذون صغيرًا أو كبيرًا أمر عبدًا محجورًا أو مأذونًا صغيرًا أو كبيرًا بقتل رجل فقتله وخير المولى بين الدفع والفداء، رجع بالأقل في رقبة الآمر؛ لأن هذا ضمان غصب، وضمان الغصب من جنس التجارة؛ لأنه يوجب الملك في المضمون بمقابلة الضمان، والإذن فك الحجر عن التجارات، فكما يؤاخذ بضمان سائر أنواع التجارة، فكذا بضمان هذا النوع.

ولو أمر العبد المأذون صبيًا حرًا بالقتل، فدية المقتول على عاقلة الصبي، ولا يكون لعاقلة الصبي حق الرجوع على الآمر؛ لأن هذا ضمان جناية، والعبد ليس من أهل أن يلحقه ضمان الجناية وإن كان مأذونًا، وهذا لأن الإذن فك الحجر عن التصرف، وضمان الجناية ليس من جنس التجارة، فصار المأذون في حقه والمحجور سواء.

١٩٣٧٠ - ولو أن حرًا صغيرًا مأذونًا له في التجارة أمر عبدًا صغيرًا أو كبيرًا مأذونًا أو محجورًا بقتل رجل، فقتل وخير المولى بين الدفع والفداء، رجع بالأقل على الآمر؛ لأن هذا ضمان غصب، وإنه من جنس التجارة، فيؤاخذ به المأذون كما يؤاخذ بسائر أنواع التجارة. ولو أمر صبيًا حرًا مأذونًا له في التجارة أو محجورًا بالقتل فقتل حتى وجبت الدية على عاقلة القاتل في ثلاث سنين لا يرجعون بذلك على الآمر، ولا على عاقلته لا في الحال ولا بعد البلوغ؛ لأن هذا ضمان جناية، وليس بضمان غصب، وضمان الجناية ليس من جنس التجارة، والصبي غير منفك الحجر عما ليس بتجارة، فصار في حق هذا الأمر كالمحجور.

والصبي المحجور إذا أمر صبيًا بالقتل فقتل حتى وجبت الدية على عاقلة القاتل

لأن قتل العبد يرجعون عليه بعده، وهو حر أولى إلا أنهم يرجعون بحسب أدائهم، وهم يؤدون في ثلاث سنين في كل سنة ثلث الدية، فيرجعون بحسبه في القيمة، يرجعون في السنة الأولى بثلث القيمة، وفي السنة الثانية بثلث آخر، وفي الثالثة بثلث آخر؛ لأن القيمة تأجلت عليه، وكيف يتأجل القيمة، وبدل القيمة حالة في الرقبة، ولا أجل في الرقبة، ولكن لأن الدية مؤجلة على العاقلة، ورجوع العاقلة بحكم الأداء، فإذا لم يؤدوا لا يكون لهم الرجوع.

وإن كان المكاتب أمر مكاتباً بقتل رجل، فقتله فالجناية في عنق القاتل، يغرم الأقل من قيمته ومن الأرش، ولا شيء على الآمر، سواء كان المكاتب الآمر صغيراً أو كبيراً. أما إذا كان كبيراً فلأن هذا ضمان جناية، لا ضمان غصب؛ لأن المكاتب لالتحاقه بالأحرار خرج من أن يكون محلاً للغصب، فضمان الجناية لا يجب على الآمر إذا كان المأمور كبيراً، وأما إذا كان صغيراً فلأن المكاتب الصغير بمنزلة المكاتب الكبير في حق الأحكام، فكذا في حق هذا الحكم.

١٩٣٧٢- وفي «المنتقى»: رجل قال لآخر: اجن عليّ، فرماه المأمور بحجر، فجرحه جرحاً يعيش من مثله، ويسمى جانياً، ولا يسمى قاتلاً، ثم مات من ذلك، فلا شيء على الجاني، وإن جرحه جرحاً لا يعيش من مثله، فهذا قاتل، ولا يسمى جانياً، فعليه الدية، وإن قال: اجن عليّ، فقتله بالسيف ثم اقتص(١) منه، وجعلت عليه الدية في ماله، وقد مر شيء من هذه المسائل في الفصل الثاني من هذا الكتاب.

١٩٣٧٣- وفي «المنتقى» أيضاً: رجل قال لغيره: اقطع يدي على أن تعطيني هذا الثوب أو هذه الدراهم، ففعل لا قصاص عليه، وعليه خمسة آلاف درهم؛ لأن الصلح على هذا باطل، فإذا أبطلته رددته إلى دية اليد.

١٩٣٧٤- وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل قال لغيره: اقتل ابني فقتله عمداً فلا أحب أن يقتله، ولو قال له: اقطع يدي، فقطعه، فمات منه، فعليه الدية في ماله في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال لغيره: اقتل ابني،

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في هامش: أقتص.

قتله، لا قود عليه، وعليه الدية في ماله.

ولو قال له: اقطع يد ابني وهو صغير فقطعها، فللأب أن يقتص من اليد لابنه.

١٩٣٧٥ - وفي "المنتقى" بشر عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال لعبد الغير: اقتل نفسك، ففعله، فعليه قيمته - والله أعلم -

الفصل الثالث عشر

في المسائل التي تتعلق بالصبيان، وفي بعض مسائل العبيد

١٩٣٧٦ - ذكر في "النوازل" : صبي مات في الماء، أو سقط من سطح، فمات، إن كان ممن يحفظ نفسه، لا شيء على الأبوين، وإن كان ممن لا يحفظ نفسه، فعليهما الكفارة.

أما الأول فلأنه إذا كانت له قوة حفظ نفسه كان في هذا كالبالغ، وأما الثاني لأن حفظه عليهما وصارا بتركه متلفين له، فوجب الكفارة عليهما إن كان في حجرهما، وإن كان في حجر أحدهما، فعليه الكفارة، حكاه عن نصير.

وذكر عن الفقيه أبي بكر والفقيه أبي القاسم، في الوالدين إذا لم يتعاهدا الصبي، حتى سقط من السطح، أو وقع في الماء، أو في نار، ومات، لا شيء عليهما إلا التوبة، وقال أبو نصر: عليهما الكفارة، واختار الفقيه أبو الليث: أنه لا كفارة على أحدهما إلا أن يكون سقط من يده؛ لأن الكفارة على الإنسان إنما تجب إذا اتصل فعله بالمحل، ألا ترى أن من حفر بئراً على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان ومات، أو كان سائقاً أو قائداً لدابة إنسان، فمات أنه لا كفارة عليه، كذا هنا.

١٩٣٧٧ - وذكر في "النوازل" أيضاً: لأم إذا تركت الصبي عند الأب، وذهبت والصبي يقبل ثدي غيرها، فلم يأخذ الأب للصبي ظئراً، حتى مات جوعاً، الأب آثم، وعليه الكفارة والتوبة، وإن كان لا يقبل ثدي غيرها، وهي تعلم بذلك، فلا إثم عليها، فهي التي ضيعته، وعليها الكفارة، حكاه عن نصير، وينبغي أن تكون المسألة مختلفاً فيها كالأولى.

١٩٣٧٨ - وفي "فتاوى أهل سمرقند" : صبية بنت ست سنين حمت[1] وكانت جالسة إلى جنب النار، فخرجت الأم بعد خروج الأب إلى بعض الجيران فاحترقت

---

(١) وكذا في الأصل حمت.

الصبية وهذا، لا دية على الأم، ولكن إن كان لها مال يعجبني[1] أن تعتق رقبة مؤمنة، أو تصوم شهرين متتابعين، ويكون على ندامة واستغفار لعل الله يعفو عنها. وهذا استحباب، وأما وجوب الكفارة فهو على ما ذكرنا قبل هذا.

١٩٣٧٩- قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل غصب صبيًا حرًا، فمات في يده فجأة، أو بحمى، فليس عليه شيء، وإن مات بصاعقة، أو نهشته حية، فعلى عاقلة الغاصب الدية، هذا هو لفظ هذا الكتاب. وفي الأصل يقول: إذا غصب الرجل صبيًا حرًا، وذهب به فمات، فهذا على وجهين: إما أن مات بأمر لا يمكن التحرز والتحفظ عنه بأن أصابه حمى، وفي هذا الوجه لا ضمان على الغاصب بالإجماع.

وإن مات بأمر يمكن التحرز عنه بأن قتل، أو أصابه حجر، أو سقط عليه حائط، أو نزلت صاعقة من السماء، فأصابته، فقتلته، أو نهشته حية، أو أكله سبع، أو تردى من حائط أو جبل، فإن الغاصب يضمن في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: إنه لا يضمن.

وأجمعوا على أنه لو قتل الصبي نفسه، فإنه لا ضمان على الغاصب، وفي العبد يضمن مات بأمر يمكن التحرز عنه، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه.

وفي المنتقى: لو مات الصبي في يد الغاصب من حر أو برد من غير صنع الغاصب، كانت ديته على عاقلة الغاصب، وإن غصب من الغاصب، فلا يدري أحي هو أم ميت؟ فلا شيء على الغاصب.

وزفر والشافعي رحمهما الله ذهبا في ذلك إلى أن غاصب الصبي لو ضمن الصبي بهذه الأسباب، فإنما يضمن إما بالغصب، أو بالجناية عليه، ولا يجوز أن يضمن بالغصب؛ لأن الحر لا يضمن بالغصب كالحر الكبير؛ ولأن الغصب لا يضمن إذا مات حتف أنفه، ولو كان يضمن بسبب الغصب يضمن كما في العبد، ولا يجوز أن يضمن بالجناية؛ لأن الجناية إما مباشرة أو تسبيب، ولم يوجد من الغاصب مباشرة جناية على الصبي؛ فإن حد المباشرة أن يتصل فعل الإنسان بغيره، ويحدث منه التلف كما لو جرحه، أو ضربه، فمات من ذلك، وهنا التلف لم يحدث من الفعل الذي اتصل

---

(١) وفي م: يجب.

بالصبي، وهو غصبه، وتلفه إنما حدث من فعل آخر، وهو نهش الحية، وافتراس السبع، فالمباشرة لم توجد، ولهذا لا يجب عليه الكفارة، ولم يوجد التسبيب، لأن حد التسبيب أن يتصل أثر فعله بغيره لا حقيقة فعله، ويتلف بذلك الأثر، وهنا التلف لم يحصل من أثر فعله، فإن أثر فعله حصول الصبي في المكان الذي نقل الصبي إليه، عند أثر فعله، ولم يحصل به التلف، وإنما حصل التلف بأمر آخر حدث بعد ذلك، وهذا يمنع وجوب الضمان على المسبب كما لو وقع في البئر إنسان، فلم يمت، فوقع عليه آخر، فمات من وقوع الثاني عليه، فإنه لا ضمان على حافر البئر، وإنما يجب الضمان على الثاني، ولأنكم تقولون: بأنه إذا قتله إنسان، فإن الغاصب يضمن، ولو كان الغصب من الغاصب سبباً[1] لجناية على الصبي لكان لا يضمن المسبب مع المباشر كما في الحافر مع الواقع. فبهذا تعلق زفر والشافعي رحمهما الله، وإنه واضح.

واختلفت عبارة مشايخنا في هذه المسألة لعلمائنا، من مشايخنا من قال: بأن الغاصب إنما ضمن عندنا بسبب الغصب لا بالجناية، وذهب في ذلك إلى الخلاف في الصبي الذي لم يعبر عن نفسه لشبهه العبد[2] من وجه، والحر الكبير من وجه، أما شبه العبد من وجه فإنه لا يثبت عليه اليد كما يثبت على العبد، ولهذا قالوا: بأن ذا اليد إذا قال: هذا الصبي عبدي كان القول قوله، فمن هذا يشبه العبد، ويشبه الحر الكبير من وجه؛ لأنه ليس بمال كالحر الكبير، ولو كان بمنزلة العبد من كل وجه، كان الغاصب يضمن بالغصب، سواء هلك بشيء يمكن التحرز عنه أو لا يمكن، ولو كان بمنزلة الحر الكبير من كل وجه كان لا يضمن الغاصب بالغصب، سواء هلك بما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن.

فإذا كان الذي لا يعبر عن نفسه بينهما، وفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: لشبهه بالعبد من وجه إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يضمن عملاً لشبهه بالعبد، ولشبهه بالحر إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن توفيراً على الشبهين حظهما، وإنما سعى هذا القائل إلى إيجاب الضمان بالغصب؛ لأنه لم يوجد من الغاصب لا مباشرة الجناية ولا

---

(١) وفي م: "تسبيباً".

(٢) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "بالعبد".

التسبيب من الوجه الذي قلنا بخلاف الحر الكبير، والصبي الذي يعبر عن نفسه؛ لأنه لا يثبت النسبة بوجه ما لا باعتبار ملكه ولا باعتبار إثبات اليد عليه، فإنه مما لا يثبت اليد على الحر الكبير، ولا على الصبي الذي يعبر عن نفسه، ألا ترى أن ذا اليد لو ادعى أنه عبده لم يكن القول قول ذي اليد، وإنما كان القول قول الصبي، ومن سلك هذه العبارة احتاج إلى إثبات تخصيص في حق الصبي، فإن محمداً رحمه الله قال: إذا غصب صبياً، ولم يفصل بينما إذا كان الصبي يعبر عن نفسه، أو لا يعبر عن نفسه، فهذا القائل متى قال: إنه يضمن إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه، ولا يضمن إذا كان يعبر عن نفسه، فقد أثبت تخصيصاً في جانب الصبي لم يذكره محمد رحمه الله.

ومن مشايخنا من قال: بأن الغاصب إنما يضمن الصبي بسبب الجناية على الصبي لا بسبب الغصب؛ لأن الحر يضمن بالجناية عليه، ولا يضمن بالغصب إلا أنهم اختلفوا بعد هذا أن الغاصب يضمن؛ لأنه مباشر للجناية على الصبي، أو مسبب لإتلافه.

منهم من يقول: يضمن الغاصب؛ لأنه باشر إتلافه، وذهب في ذلك إلى أنه وجد حد المباشرة للجناية من الغاصب؛ لأن حد المباشرة أن يتصل فعله بالغير، ويحدث منه التلف من حيث الحقيقة كما لو ضربه أو جرحه، وهنا اتصل الغاصب بالصبي لما غصبه، ونقل، وما حدث من التلف مضاف إلى غصبه من حيث الحكم، وإن كان حادثاً من عمل آخر بما كان مما يمكن التحرز والتحفظ عنه من حيث إن التلف بهذه الأشياء مما لا يعم الأماكن كلها، والصبي عاجز عن حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة، وإنما يحفظه وليه، فإذا قطعه عن حفظ وليه، ولم يحفظه عما يمكن التحفظ والتحرز عنه أضيف التلف إلى غصبه وفعله من حيث الحكم، وإذا صار التلف مضافاً إلى فعله من حيث الحكم يثبت الإتلاف من حيث الحكم، وإن لم يوجد المباشرة من حيث الحقيقة، والمباشرة من حيث الحكم كاف كما في إيجاب الضمان على المكره وشهود القصاص، وإذا اعتبر مباشراً حكماً صار كأنه ألقى حية على الصبي حتى نهشته، أو ألقى الجدار عليه، أو وضعه بين يدي السبع حتى افترسه، ولو كان كذلك كان يضمن، فكذا هنا، وإنما سعى هذا القائل في إثبات المباشرة من الغاصب كيلا يحتاج إلى تخصيص ما.

قال محمد رحمه الله: في حق الصبي بخلاف ما لو مات بالحمى؛ لأن حدوث

الموت بالحمى لا يجوز أن يضاف إلى غصبه، ونقله من حيث الحكم؛ لأنه قد يعم الأماكن كلها، قال الله تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِككُّمُ الْمَوْتُ﴾[1]، ولأنه لا يمكن التحرز والتحفظ عنه، وإذا لم يجز أن يكون حدوث ما حدث من التلف مضافًا إلى غصبه لم يثبت منه المباشرة؛ لأن المباشرة أن يتصل فعله بالمحل، وما حدث من التلف بعد ذلك يكون مضافًا إلى فعله إما حقيقة بأن حدث منه، أو اعتبارًا بأن كان مضافًا إليه حكمًا، ولم يوجد أحد هذين، وبخلاف حافر البئر؛ لأن حقيقة فعله الذي حدث منه التلف وهو الحفر لم يتصل بالواقع في البئر، وإنما اتصل به أثر فعله، فكان مسببًا، إذ المسبب من اتصل بالتلف أثر فعله، لا حقيقة فعله، بخلاف ما نحن فيه

ومنهم من يقول: إن الغاصب إنما يضمن؛ لأنه سبب بالعدوة على الصغير، لا لأنه مباشر، وقد ذهب في ذلك إلى أنه لم يوجد من الغاصب حد المباشرة؛ لأن حد المباشرة أن يحدث التلف من الفعل الذي حل بالتالف، كما في الجراحة والضرب، وهذا التلف حصل من فعل آخر لا من غصبه ونقله، وهو نهش الحية وافتراس السبع وسقوط الحائط عليه، ولكنه غير منقول إليه حتى يجعل مباشرًا؛ لأن الفاعل لذلك مختار، وليس بمكره من جهته، فحد المباشرة لم يوجد، ولكن وجد حد التسبب؛ لأن حد التسبب أن يتصل التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر، ويستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله كما في حفر البئر اتصل التلف بأثر فعله وهو العمق بواسطة فعل آخر، وهو فعل الماشي، واستقام إضافة التلف إلى أثر فعله، فإنه يستقيم أن يقال: لولا أثر فعله، وهو العمق لما تلف الماشي، فكان الحافر مسببًا[2] للتلف من هذا الوجه، وهذا المعنى موجود هنا؛ لأنه اتصل التلف بأثر فعله، وهو حصول الصبي في المكان الذي نقله إليه، فإنه يستقيم أن يقال: لولا حصول الصبي في هذا المكان وإلا كان لا يتلف الصبي؛ لأن هذه الصواعق التي حلت بالصبي مما لا يعم الأمكنة كلها، وإنما يوجد في بعض المواضع، فأمكن إضافة التلف مع واسطة فعل آخر إلى أثر فعله، فكان مسببًا، والمسبب ضامن متى لم يجب الضمان على المباشر كما في حفر البئر، بخلاف ما إذا مات من الحمى حتف أنفه؛ لأن حدوث الموت من الحمى لا يمكن أن يضاف إلى أثر فعله، وهو حصول الصبي في

(1) سورة النساء، الآية ٧٨.

(2) هكذا في م و ب و ... وكذا في الأصل: لأن التلف اتصل بأثر فعله

المكان الذي نقله إليه ؛ لأن الموت مما يحدث في الأماكن كلها ، فلم يمكن أن يضاف حدوث الموت من الحمى إلى أثر فعله ، والمسبب إنما يضمن إذا جاز إضافة التلف إلى أثر فعله ، بأن يستقيم أن يقال : لولا أثر فعله لكان لا يتلف ، ولا يستقيم أن يقال : لولا أثر فعله لكان لا يموت ، وبخلاف ما لو غصب حرًا كبيرًا ، ونقله إلى مكان فأصابه شيء من هذه الصواعق ؛ لأنه لم يوجد من الغاصب هناك حد المباشرة ولا حد التسبب ، أما المباشرة فظاهرة ، وأما التسبب فلأن هناك لا يمكن إضافة التلف إلى أثر فعل الغاصب ؛ لأن الكبير يمكنه حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة ، فإذا لم يحفظ يكون حدوث التلف مضافًا إليه لا إلى فعل الغاصب ، وكان كالماشي إذا علم بالبئر ومشى ثمة حتى وقع لم يكن على الحافر ضمان ؛ لأنه لما علم بالبئر أمكنه دفع الهلاك عن نفسه بأن لا يمشي على البئر ، فإذا مشى وتلف مع إمكان دفع التلف عن نفسه لم يضف حدوث التلف إلى أثر فعل الحافر ، وإنما أضيف إلى مشي الماشي ، فكذلك هنا بخلاف الصغير ؛ لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن الأسباب المتلفة على ما مر ، وكان كالماشي على البئر إذا لم يعلم بالبئر حتى وقع فمات ضمن الحافر ، وأضيف التلف إلى أثر فعله لما كان الماشي عاجزًا عن دفع الهلاك عن نفسه إذا لم يعلم بالبئر .

قياس مسألتنا من مسألة الكبير أن لو غل الكبير المغصوب وشده ، فأصابه شيء من الصواعق التي يمكن التحفظ ، وهناك يقول[1] : بأنه يكون ضامنًا ؛ لأنه عجز عن حفظ نفسه بما صنع ، فصار حدوث التلف مضافًا إلى أثر فعله ، فكان مسببًا لإتلافه ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه .

وفي جنايات "المنتقى" قال أبو يوسف رحمه الله : قال أبو حنيفة رحمه الله في رجل قمط رجلا فطرحه قدام سبع فقتله السبع لم يكن على الذي فعل ذلك قود ولا دية ، لكنه يعزر ، ويضرب ويحبس حتى يموت .

قال أبو يوسف رحمه الله : وأما أنا فأرى أن يحبسه أبدًا حتى يموت ، ولا يلزم على ما قلنا : لو حبس الطعام عن الصغير حتى مات ، فإنه لا يضمن ، وإن كان هذا مما يمكن التحرز عنه ، وكذلك لو حبس حرًا ، ومنع عنه الطعام حتى مات ، فإنه لا يضمن ؛ لأن

---

(١) هكذا في ظ و م ، وكان في الأصل : تقول .

هناك لم يوجد المباشرة ولا التسبيب ، أما المباشرة فلأن التلف ما حصل من فعل الغاصب الذي اتصل بمحل ؛ لأن التلف حدث من الجوع ، والجوع غير حادث من فعله الذي اتصل به وهو حبسه وغصبه ، وإنما حدث من طبعه ، فإنه خلق على وجه يجوع[1]. ألا ترى أنه من غير حبس يعتريه الجوع ، و الجوع مما يعتريه[2] في الأماكن كلها ، فصار نظير الموت حتف أنفه ، ولم يوجد التسبيب أيضًا ؛ لأنه لا يستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله ، وهو حصوله في المكان الذي حبسه ، فإنه لا يستقيم أن يقال : لولا حبسه في هذا المكان لكان لا يعتريه[3] الجوع ، فلم يجز أن يضاف التلف الحادث من الجوع إلى أثر فعله .

فأما التلف الذي حدث من الصواعق التي لا تعم الأماكن كلها ، يجوز أن يكون مضافًا إلى أثر فعله ، فيقال : لولا حصوله في هذا المكان ما أصابته هذه الصواعق ، ولا يلزم على ما قلنا : إذا صاح الرجل بالصبي ، وهو على شاهق جبل ، ففزع فسقط ومات ، فإنه لا يضمن ، نص الطحاوي على هذا في "مختصره" ؛ لأنه لم توجد المباشرة ولا التسبيب .

أما المباشرة فلأن حد المباشرة فعل يتصل بالغير ، والمتصل بالصبي قوله لا فعله ، ألا ترى أن من قال لغيره ، قولا إساءة ، ومات عقيبه ، لا يضمن ؛ لأن المتصل به القول لا الفعل ، ولم يوجد التسبيب ؛ لأن التسبيب أن يتصل التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر كما في حفر البئر ، وهنا التلف اتصل بأثر قوله ، لا بأثر فعله ، فلم يكن هذا مباشرة ولا تسبيبًا بخلاف ما نحن فيه ؛ لأن التلف اتصل بأثر فعله لا بأثر قوله ، ومن سلك هذه الطريقة لا يحتاج إلى إثبات تخصيص في جانب الصبي ، فإنه يقال : سواء كان الصبي يعبر عن نفسه أو لا يعبر ، فإنه يضمن كما أطلقه محمد رحمه الله ، ولكن يحتاج إلى تخصيص ما .

قال محمد رحمه الله في قوله : "فقتل الصبي ، أو أصابه حجر" : إن الغاصب ضامن ، فإنه يحتاج إلى أن يحمل قوله : قتل إذا حصل القتل عن لا تعتبر جنايته

(١) هكذا في جميع النسخ ، ولكن المناسب "يجوع" .

(٢) هكذا في ط ، وكان في الأصل وف ، وم "ما يعتريه" .

(٣) هكذا في ط ، وكان في الأصل وف وم "ما يعتريه" .

وأما إذا قتله من تعتبر جنايته بأن قتل هذا الصبي إنسان في يد الغاصب يقول : بأن الغاصب لا يضمن ؛ لأن هذا القاتل أوجب الضمان على الغاصب من حيث إنه مسبب لا مباشر ، والمسبب لا يضمن متى أمكن إيجاب الضمان على المباشر كما في الواقع والحافر ، وكما في الممسك والقاتل .

وذكر الناطفي في "واقعاته" : مسألة الصبي في صورة أخرى ، وذكر فيها خلافًا ، فقال : صبي على حائط صاح به رجل ، فوقع ومات ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد[1] رحمهم الله : لا شيء عليه .

وفي "نوادر ابن رستم" : إذا صاح به ، فقال : لا تقع ، فوقع لا يضمن ، وإذا قال : قع فوقع يضمن ؛ لأن قوله "قع" أمر بأن يفعل فعل الوقوع ، فصار بمنزلة ما لو قال له : ألق نفسك في الماء ، أو قال : في النار وفعل وهناك يضمن ، كذا هنا .

١٩٣٨٠ - وإذا قتل الصبي المغصوب رجلاً لم يكن على الذي اغتصبه من ذلك شيء ، وكذلك لو قتل الصبي نفسه ، لم يكن على الغاصب شيء ، أما على قول من قال من مشايخنا : بأن الغاصب إنما يضمن بالغصب لا بالجناية ، فلأنه يضمن بالغصب ما يمكنه التحرز والتحفظ عنه ، فأما لا يمكنه التحفظ عنه فإنه لا يضمن ، كما لو مات الصبي حتف أنفه ، وما تلف بفعل الصغير مما لا يمكنه التحفظ عنه ؛ لأن الصبي يكون مخلى بين نفسه ، وفعله في الأماكن كلها لا يغيب عنه فعله في مكان ما ، بل يعم الأمكنة كلها كما يعم الموت حتف أنفه الأمكنة كلها ، وما لا يمكن للغاصب التحفظ عنه ، لا يضمنه بغصب الصبي .

وأما من قال : بأنه يضمن لأنه مباشر للجناية على الصبي ، فإنه يضمن أيضًا ما يمكنه التحرز عنه ، ولا يضمن ما لا يمكنه التحفظ والتحرز عنه والتحفظ عن فعله غير ممكن على ما بينا ، فلا يضمن الغاصب ما تلف بفعله ، كما لا يضمن إذا مات حتف أنفه ، ومن قال : لا يضمن ؛ لأنه مسبب للجناية لا يضمن الغاصب ما تلف بفعل الصبي ؛ لأن المسبب لا يضمن مع المباشر ، والصبي مباشر في الإتلاف ، فعلى العبارات كلها ما تلف بفعل الصبي : لا يضمنه الغاصب .

---

(١) وفي م : ومحمد وزفر .

١٩٣٨٦ - وإذا حمل الرجل الصبي الحر على دابته، وقال له: أمسكها لي، وليس الرجل بسبيل منه يريد بقوله: ليس بسبيل منه أي ليس الحامل بولي الصبي، فسقط الصبي عن الدابة ومات، فالرجل ضامن سواء كان الصبي يستمسك على الدابة، أو كان لا يستمسك على الدابة لوجهين: أحدهما: أن الرجل صار غاصباً للصغير لما حمله على الدابة بغير إذن وليه، وغاصب الصبي يضمن متى تلف الصبي بأمر يمكنه التحرز والتحفظ عنه، وسقوطه عن الدابة بعد ما حمله على الدابة مما يمكن التحرز والتحفظ عنه، بأن يحفظه حتى لا يسقط.

والثاني: أنه لما قال للصبي: أمسكها لي، والصبي ممن يعقل ذلك صار مستعملاً للصبي في عمل من أعماله، وهو إمساك الدابة له بغير إذن وليه، ومن استعمل صبياً في عمل من أعماله بغير إذن وليه، ومات الصبي بسبب استعماله، فإنه يضمن كما لو قال للصبي: اصعد هذه الشجرة، وانفض لي ثمرة، فصعد فسقط فمات، ضمن، وبمثله لو قال له: اصعد هذه الشجرة، وانفض ثمارها لتأكلها، أو قال: لتأكل فسقط فمات، لا يضمن؛ لأنه ما استعمله لنفسه، ذكر شيخ الإسلام مسألة الصبي صعد الشجرة من غير ذكر خلاف.

وفي الفصل الثاني من هذه المسألة اختلاف المشايخ؛ وتجب دية الصبي على عاقلة الرجل؛ لأنه مخطئ محض، فإنه قصد حمله على الدابة، ولم يقصد استهلاكه، فكان هذا مخطئاً محضاً، وشبه العمد يجب على العاقلة، فهذا أولى، وتأويل هذه المسألة إذا حمله على الدابة والدابة واقفة، فإن كانت الدابة تسير، فسقط الصبي ومات، فاعلم بأن الروايات اختلفت في هذا الفصل، وذكر في بعض الروايات: إذا سقط الصبي وهي تسير أي الدابة تسير، فهو ضامن.

وهكذا أثبته الحاكم الجليل في "المختصر"، وتأويله إذا كانت الدابة تسير بسير صاحبها حتى كان سير الدابة مضافاً إلى صاحبها، وذلك بطريقين: أحدهما: أن سير الدابة بعد ما حمل الصبي عليها، والثاني: أن سير الدابة قبل أن يحمل الصبي عليها، ثم حمل الصبي عليها وهي تسير، فإذا سقط الصبي في هذه الحالة، فإنما سقط من فعل صاحب الدابة، فيضمن على كل حال.

وأما إذا سارت بنفسها ، فلا ضمان عليه ؛ لأنها منفلتة ، وما تلف بفعل المنفلتة ، فهو جبار .

وذكر في بعض الروايات : إذا سقط الصبي ، وهو يسير الدابة إن كان يريد يسير صاحب الدابة لا تسيير الصبي ، فإن الرجل ضامن لدية الصبي ، سواء كان الصبي يستمسك على الدابة أو لا يستمسك ؛ لأن صاحب الدابة متى كان هو المسير يكون تلف الصبي مضافًا إلى تسييره ، والسقوط من تسييره مما يمكن التحرز والتحفظ عنه ؛ لأنه من فعل الغاصب لا من فعل الصبي ، فيضمنه الغاصب ، سواء كان الصبي ممن يستمسك على الدابة ، أو لا يستمسك .

وإن كان المراد بقوله : وهو يسير أي الصبي يسير الدابة[١] ، وكان الرجل حمل الصبي عليها ، وهي واقفة ، ثم سيرها الصبي[٢] ، فوقع فمات ، فإنه لا ضمان على الرجل ؛ لأن الصبي إذا كان بحيث يسير الدابة ، فالتسيير يكون مضافًا إلى سير الصبي[٣] لا إلى الرجل ؛ لأن الرجل حمله ، ولم يأمره بالسير ، وإذا صار التلف مضافًا إلى فعل الصبي وهو سيره ، لم يضمن الرجل كما لو قتل الصبي نفسه ، وإن حمله عليها وهي واقفة ، فوطئت إنسانًا إن أوطأته وهي واقفة ، فضمانه على صاحب الدابة ، وهذا ظاهر .

١٩٣٨٢ - وإن أوطأته بعد ما سارت ، فإن سارت بسير الصبي والصبي ممن يسير الدابة ، فالضمان على عاقلة الصبي ، وكذلك إن أفسدت مالاً ، فضمان ذلك في مال الصبي ، وليس على الرجل من ذلك شيء ؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر الرجل غاصبًا للصبي أو مستعملاً للصبي في عمل من أعماله ، وأي ذلك ما اعتبر لم يكن على الرجل ضمان ، إن اعتبر غاصبًا ، فغاصب الصبي إنما يضمن بالغصب ما يمكن للغاصب التحرز والتحفظ عنه ، ولا يضمن ما لا يمكنه التحفظ والتحرز عنه ، ولا يمكن التحفظ والتحرز عن فعل الصبي ؛ لأن فعله مما يعمه ، بل يعم الأماكن كلها ، فكان بمنزلة الموت حتف

(١) وكان في الأصل : يسير الدابة .

(٢) هكذا في ط ، وكان في الأصل : ثم يسيرها الصبي .

(٣) هكذا في ظ ، وكان في غيرها : تسير الصبي .

أنفه، وكان بمنزلة ما لو ناوله سكينًا، فقتل نفسه، لم يكن عليه ضمان، فكذا هذا، وإن اعتبر مستعملا للصبي فكذلك؛ لأن المستعمل للصبي إنما يضمن ما لحق الصبي من الضمان إذا لزمه الضمان بسبب عمل استعمله فيه، فأما إذا لحقه الضمان بسبب عمل لم يستعمله المستعمل في ذلك لا يكون عليه ضمان.

وكذلك لو أمره بأن يصعد هذه الشجرة، فصعد شجرًا أخرى، والغاصب استعمله في إمساك الدابة وحفظها، ولم يستعمله في تسيير الدابة، فما لزمه من الضمان بسبب تسيير الدابة، ولم يأمره الرجل بالتسيير، إنما أمره بالإمساك لا يكون قرار ذلك على المستعمل كما لو ناوله سكينًا، وقال له: أمسكها، فقتل بذلك رجلا حتى وجبت الدية على عاقلة الصغير، لم يكن لعاقلة الصبي أن يرجعوا بذلك على الآمر؛ لأنه لم يستعمله في القتل، وإنما استعمله في الإمساك، فكذا ههنا.

١٩٣٨٣ - وإن كان الصبي ممن لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة، وقد حمله الرجل والدابة واقفة، ثم سارت فأوطأت إنسانًا، أو أفسدت متاعًا، فإنه لا يجب ضمان ذلك لا على الصبي، ولا على الذي حمل الصبي على الدابة.

أما لا يجب على الصبي؛ لأن الصبي إذا كان ممن لا يسير الدابة، فسير الدابة لا يكون مضافًا إلى الصبي، ويكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة، وإذا لم يجز أن يكون السير مضافًا إلى الصبي، لم يجز أن يجب الضمان على الصبي، وأما لا يجب على الرجل؛ لأن الرجل لم يسير الدابة، وإذا لم يجز أن يضاف سير الدابة إلى واحد منهما كانت سائرة باختيارها لا بتسيير أحد وكانت منفلتة، وما أصابت المنفلتة نبذًا، فإنه يهدر بقوله عليه السلام: «العجماء جبار»[1]، والمراد به إذا كانت منفلتة.

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" ٢/ ٥٤٥ حديث (١٤٢٨) وفي ٦/ ٢٥٣٣ حديث (٦٥١٤) وابن خزيمة في "صحيحه" ٤/ ٤٦ حديث (٢٣٢٦) وأبو عوانة في "مسنده" ٣/ ١٥٦ حديث (٦٣٥٤) والدارمي في "سننه" ١/ ٤٨٣ حديث (١٦٦٨) و٢/ ٢٥٧ حديث (٢٣٧٨) والبيهقي في "سننه" ٤/ ١٥٥ حديث (٧٤٣٦) ومالك في "الموطأ" ٢/ ٨٦٩ حديث (١٥٦٠) والنسائي في "سننه" ٥/ ٤٥ حديث (٢٤٩٧) وفي "الكبرى" ٣/ ٤٦ حديث (٥٨٣٢) والدارقطني في "سننه" ٣/ ١٥٤ حديث (٢٦٤) والربيع في "مسنده" ١/ ١٣٩ حديث (٣٣٤) وعبد الرزاق في "مصنفه" ١٠/ ٦٥ حديث (١٨٣٧٣) والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٣/ ٢٠٣ والطبراني في "الأوسط" ٣/ ٣٨ حديث (٢٣٩٩) وأحمد في "مسنده" ٢/ ٢٣٩، ٣٨٦، ٢٦٧، ٤٧٥، ٤٨٢، ٤٩٩، وإسحاق

١٩٣٨٤ - روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: إذا قمط صبياً، وألقاه في الشمس حتى قتله الحر، أو ألقاه في ظل في يوم بارد، فقتله البرد، فعلى عاقلته الدية، وكذا إذا قمطه، وألقاه بين يدي سبع حتى أكله، فعلى عاقلته الدية.

١٩٣٨٥ - ولو غصب صبياً حراً، وذهب به إلى منزله، وقتله كان للأب الخيار، إن شاء ضمنه الدية على عاقلته بالغصب، وإن شاء قتله بالقتل.

١٩٣٨٦ - ولو قتله أجنبي في يده، كان الأب بالخيار أيضاً، فإن قتل القاتل برئ الغاصب وعاقلته، وإن ضمن عاقلة الغاصب الدية، رجعوا بها في مال القاتل.

١٩٣٨٧ - وفي المنتقى: رجل أمر صبياً أن يسقي له دابة من النهر، أو أرسله في حاجة، فمات، أو ضل، لم يكن على الرجل شيء، وإن غرق في النهر، أو ضربته دابة، أو نهشته حية كان الذي أمره ضامناً، والدية على عاقلته.

١٩٣٨٨ - وإذا حمل الرجل صبياً مع نفسه على الدابة، فوطئت الدابة إنساناً، فهذا على وجهين: إما أن يكون الصبي ممن يستمسك على الدابة ويسيرها، أو لا يستمسك على الدابة: فإن كان يستمسك على الدابة، فدية المقتول على عاقلتيهما؛ لأن سير الدابة يكون مضافاً إلى الصبي وإلى الرجل، فيكون الإيطاء مضافاً إليهما أيضاً، فيقتسمان ذلك، كما لو أردف بالغاً مع نفسه، فوطئت الدابة إنساناً إلا أن على الرجل الكفارة، ولا كفارة على الصبي؛ لأنهما باشرا قتله، فإن المقتول إنما تلف بفعلهما وبثقل الدابة، فصارا مباشرين إلا أن الرجل متى باشر قتل إنسان، كان عليه الكفارة، ولا الكفارة على الصبي، فكذلك هذا.

وإن كان لا يستمسك على الدابة، فدية المقتول كله تجب على عاقلة الرجل، وليس على عاقلة الصبي شيء؛ لأن سير الدابة كله مضاف إلى الرجل غير مضاف إلى الصبي، إذا كان لا يستمسك على الدابة، ويكون الصبي إذا كان لا يستمسك، والثوب المبسوط على الدابة سواء، فيكون الإيطاء كله مضافاً إلى الرجل، وصار مسألتنا كرجل ركب الدابة، وأردف مع نفسه محملاً، فإن كدمت، وأتلفت إنساناً، أو أفسدت متاع إنسان؛ فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا، وإذا وطئت إنساناً بيدها إن كان الصبي

بن راهويه ١/ ٤٤٠ حديث (٥٦٠) وأبو يعلى في مسنده ١٠/ ٢٢ حديث (٦٠٥١).

عن سير الدابة ، وسمسك عليها ، فالضمان عليهما ، وإن كان لا يستمسك ، فالضمان كله على الرجل ؛ لما ذكرنا ، ولا ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الرجل بشيء . وذلك لأن عاقلة الصبي لو رجعوا[1] على عاقلة الرجل ؛ فإنما يرجعون إما بحكم الغصب ؛ لأنه صار غاصبا للصبي بما حمل الصبي على الدابة ، أو بحكم الأمر ؛ لأنه أمر الصبي بسير الدابة ، ولا يجوز أن يرجعوا على عاقلة الصبي بحكم الغصب ؛ لأن غاصب الصبي الحر لا يضمن ما تلف بفعل الصبي ، ألا ترى لو قتل الصبي نفسه أو رجلا آخر ، حتى وجبت الدية على عاقلة الصبي ، لم يكن لعاقلة الصبي أن يرجعوا بذلك على عاقلة الغاصب ، كذا هنا ، ولا يجوز أن يرجعوا عليه بحكم الأمر ؛ لأنه أمره بالسير لا بالإيطاء ، فالإيطاء حصل بغير أمر صاحب الدابة ، وإليه أشار محمد رحمه الله ، فقال : لأنه لم يأمره بالجناية أي أمره بالسير لا بالإيطاء الذي هو جناية .

قال رضي الله عنه : قد ذكرنا قبل هذا على سبيل الاستشهاد أن من قال لصبي : اصعد هذه الشجرة ، وانفض لي ثمارها ، فصعد وسقط ، إن الآمر يضمن الدية على عاقلته ، وكذلك لو أعطى عصا أو سلاحا ليمسكه له ، أو لم يأمره بشيء ، فعطب به الصبي ، ولم يرد بقوله : عطب به الصبي أن الصبي قتل نفسه ، فإن هناك لا ضمان على المعطي ، إنما أراد به أنه سقط من يديه على بعض بدنه ، وعطب به ، وكذلك لو أمره بحمل شيء ، أو كسر حطبه بغير إذن وليه ، فتلف من ذلك .

ولو لم يقل له : أمسكه لي ، فعطب بالسلاح ، اختلف المشايخ فيه ، وكذا اختلف المشايخ فيما إذا قال له : اصعد هذه الشجرة ، ولم يقل : شيئا آخر ، أو قال : لنفض الثمار لنفسك ، فسقط ، ففيه اختلاف المشايخ أيضا ، وقد مر . ولو وضع الحطب بين يدي عبد محجور ، ولم يأمره بشيء ، فكسر العبد الحطب ، فوقع قطعة من ذلك على عين الغلام ، وذهب عينه ، فلا شيء على صاحب الحطب ، وفي "الجامع الصغير" : قال لعبد الغير : ارتق هذه الشجرة وانفض الثمرة لتأكله أنت ففعل فسقط ومات لم يضمن الآمر ، ولو قال : حتى آكله والمسألة بحالها ضمن .

---

(١) هكذا في الأصل ، وكان في غيره "رجع" .

إنساناً، ويضمن الحجر الكبير.

وإذا كان بناه غير مائل، ثم مال بحيث يجوز الإشهاد، ثم سقط على إنسان فقتله، أو سقط على مال فأتلفه، هل يضمن صاحب الحائط؟ فهذا على وجهين: إن سقط قبل التقدم إليه بالنقض، فإنه لا ضمان على صاحب الحائط في قول علمائنا، وأما إذا سقط بعد ما تقدم إليه بالنقض، وتمكن من النقض بعد ذلك ولم ينقض، ففي القياس أن لا يضمن، وفي الاستحسان: يضمن.

وجه القياس: أنه لا صنع من صاحب الحائط لا مباشرة ولا تسبيباً. أما مباشرة فلأن فعله لم يتصل بالتلف، ولهذا لا يجب على صاحب الحائط القاتل بعد التقدم إليه كفارة، ولا يحرم عن الميراث. وأما تسبيباً فلأن حد التسبيب أن يتصل أثر فعله الذي هو تعدٍّ بالتلف كما في حفر البئر، والمتصل بالتلف هنا أثر فعل هو مباح لا أثر فعل هو تعدٍّ؛ لأنه أثر فعل حصل في ملكه، وفعل الإنسان في ملكه مباح، فهو معنى قولنا: إنه ليس بجانٍ لا مباشرة ولا تسبيباً.

وجه الاستحسان في ذلك: أن القياس متروك، تركنا القياس بالأثر أو بالإجماع، أما الأثر فلما روي عن عامر الشعبي وشريح وإبراهيم النخعي رحمة الله عليهم وغيرهم من التابعين: أنهم أوجبوا الضمان على صاحب الحائط المائل متى سقط بعد ما تقدم إليه بالنقض، والذي روي عن هؤلاء وهو أنه لا يعرف قياساً كالمروي عن رسول الله ﷺ، فكأنهم رووا ذلك عن النبي ﷺ، والقياس يترك بالأثر، وهو معنى قول محمد رحمه الله في الأصل: إنا ضمنا صاحب الحائط بعد ما تقدم إليه بالأثر، قالوا: أراد بالأثر قول عامر وغيرهم من التابعين.

أو نقول: تركنا القياس بالإجماع، وذلك لأنه روي هذا القول عن هؤلاء، ولم يرو عن أقرانهم نكير مع اشتهار الفتوى منهم بإيجاب الضمان على صاحب الحائط المائل، وإجماع كل عصر حجة فيترك به القياس، ويعمل بها الأثر، فكأنهم إنما تركوا القياس، واستحسنوا في إيجاب الضمان على صاحب الحائط المائل، وإن لم يوجد منه مباشرة ولا تسبيب؛ ضرورة إحياء حق المسلمين في المرور؛ لأن صاحب الحائط متى لم يخف لحوق الغرم بعد ما تقدم إليه بالنقض إذا لم ينقض، ومتى لم ينقض يبطل حق الناس

في المرور فيه لا يمشي خوفا على أنفسهم وأموالهم، فلهذه الضرورة تركوا القياس، فأوجبوا الضمان على صاحبه كما قبلوا شهادة النساء على الانفراد فيما لا يطلع عليه الرجال ضرورة إحياء حقوق الناس، كذا هذا. وليس كما لو سقط قبل التقدم، فإنه لا يضمن؛ لأن القياس أن لا يضمن ما أصاب بعد التقدم من الوجه الذي بينا إلا أنا تركنا القياس بالأثر أو بالإجماع من الوجه الذي بينا، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، ولأن الوجوب بإيجاب الضمان بعد التقدم، وقد صار صاحب الحائط متعديا بترك النقض؛ لأنه ترك رد ما حصل في يده من الهواء بعد ما طلب صاحب الحق مع إمكان الرد، وإنه تعد كما في مسألة الثوب إذا هبت به الريح وألقته في حجر إنسان لا يكون بإزاء دلالة قبل التقدم، ولم يوجد منه تعد يوجبه؛ لأن بترك رد ما حصل في يده قبل الطلب مع الإمكان لا يثبت التعدي، فرددنا ما قبل التقدم إلى ما يقتضيه القياس.

أو نقول: إنما تركنا القياس لنوع حكمة ومعنى وجد من صاحب الحائط، ثم صار مستردا ملكه مما اشتغل به الهواء، فإذا طلب منه تفريغ الهواء وهو قادر على التفريغ؛ لأن الحائط ملكه، ولكل إنسان ولاية على ملكه صار بترك التفريغ بعد ما وجد الطلب من مستحقه متعديا، فصار السقوط بعلة التعدي مضافا إليه كأنه هو الذي أسقطه.

ويشترط لصحة التقدم والطلب أن يكون التقدم إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن المقصود مما يطلب من التفريغ لا يحصل إلا منه، حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة، فلم ينقض الحائط حتى سقط على إنسان لا يضمن على أحد، أما على الساكن فلأن التقدم إليه لم يصح، وأما على المالك فلأنه لم يتقدم إليه. وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق في طريق العامة للعامة، فيكتفى بطلب واحد من العامة، وفي السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة، فيكتفى بطلب واحد منهم أيضا، وفي الدار يشترط طلب المالك أو الساكن. وبعد صحة التقدم والطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط؛ لأن الجناية إنما تتحقق بترك التفريغ عند اتصال التلف بالسقوط، فيشترط دوام القدرة على التفريغ إلى وقت اتصال التلف بالسقوط ليصير بترك التفريغ مع القدرة عليه عند اتصال التلف به جانيا، ولو تقدم إلى صاحب الحائط فتقدم في نقضه، حتى إذا سقط الحائط بعد التقدم، وعثر إنسان بنقضه فمات، فديته على صاحب الحائط، وهو قول

محمد رحمه الله.

وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ضمان على صاحب الحائط، والصحيح قول محمد رحمه الله، لأن شغل الطريق يقتضي أن الحائط صار مضافًا إلى تقصيره في التفريغ، فكأنه ألقاه على الطريق، ولأن التقدم عليه إنما يراد به أن لا يسقط على إنسان، فينبغي أن يراد به أن لا يقع على الطريق، فيشغله ويقصر [illegible] النقض، فصار التقدم على الحائط تقدما على نقضه من هذا الوجه.

١٩٣٩٢ – قال في المنتقى: رجل ادعى دارًا في يدي رجل، وفيها حائط مائل يخاف منه، فتقدم إلى الذي في يديه فيه، وأشهد عليه حتى اتصل بينة المدعي، قال: يؤخذ الذي في يده الدار بنقضه، ويضمن ما عطب به[1]، وهي بمنزلة دار لم يخرج من يده، ولم يترك ناسيه، فإن نقضه الذي في يده، ثم رجعت الدار ضمن الذي نقضه قيمة الحائط.

١٩٣٩٣ – قال في الجامع: رجل أشهد عليه في حائط مائل له، فذهب عقله من يومه، وكان في ذلك حتى سقط الحائط لا يضمن شيئًا، لأن صاحب الحائط إنما يصير جانيًا بترك النقض بعد الطلب مع التمكن منه، وهنا لا يتمكن من ذلك بنفسه لجنونه، أو لعدم الآلة، فيحتاج إلى طلب الآخر لذلك، والطلب لا بد له من مدة، فصار مدة تمكن إحضار الآخر مستثنى في الشرع.

١٩٣٩٤ – وفيه أيضًا: رجل أشهد عليه في حائط مائل في دار رجل، فسأل صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة أيام، ويؤخر النقض بعد ذلك، ففعل القاضي ذلك، ثم سقط الحائط، وأتلف شيئًا كان الضمان واجبًا على صاحب الحائط، لأن التأجيل لم يصح، لأن الحق لصاحب الدار لا للقاضي، فصار وجود هذا التأجيل والعدم بمنزلة، ولو وجد التأجيل من صاحب الدار، فوقع الحائط في مدة التأجيل وأتلف شيئًا، لا يجب الضمان، لأن التأجيل قد صح لصدوره عن صاحب الحق، فلا يصير صاحب الحائط بترك النقض جانيًا، ولو سقط الحائط بعد مضي مدة الأجل كان ضامنًا، لأن الإشهاد قد صح والتأجيل قد زال.

١٩٣٩٥ – وفيه أيضًا: رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى الطريق الأعظم،

---

(١) هكذا في م، وفي [illegible] ما عطبه.

وطلب صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يومًا ، أو يومين ، أو ثلاثة ، ففعل القاضي ذلك ، ثم سقط الحائط المائل ، فأتلف شيئًا كان الضمان واجبًا ؛ لأن الحق لعامة المسلمين ، وتصرف القاضي فيما هو حق عامة المسلمين ، إنما ينفذ فيما فيه منفعة ، لا فيما لهم فيه مضرة ، وفي هذا التأجيل ضرر لعامة المسلمين ، فلم يصح هذا التأجيل والتحق بالعدم

وكذلك في هذه المسألة لو لم يؤخره القاضي ، ولكن أخره الذي أشهد عليه لا يصح في حق غيره ، فهذا ظاهر ، ولا في حق نفسه وإن كان له في المرور في الطريق شركة إلا أن هذه شركة عامة لا عبرة لها في نفاذ التصرفات كشركة واحد من المسلمين في مال بيت المال ، وإذا لم يصح هذا التأخير التحق بالعدم

وإنما صح طلب التفريغ من الواحد لا باعتبار حقه فيه ، ولكن باعتبار أن الواحد يقوم مقام عامة المسلمين فيما لهم فيه منفعة ولهم في طلب التفريغ منفعة ، أما لا منفعة لهم في التأخير ، بل لهم فيه مضرة ، فلا يقوم مقامهم فيه ، فلو صح التأخير صح باعتبار حقه ، ولا يجوز أن يصح باعتبار حقه على ما مر .

١٩٣٩٦ - قال محمد في كتاب الزيادات : مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم ، فالإشهاد وطلب التفريغ على المكاتب لأن الإشهاد وطلب التفريغ على من له ولاية التفريغ ، وولاية التفريغ للمكاتب ؛ لأن التصرف في كسبه له ، فإذا أشهد عليه ثم سقط على إنسان فقتله ، فإن سقط قبل تمكنه من نقضه فلا ضمان عليه لعدم التقصير في التفريغ ، فإن سقط بعد تمكنه من التفريغ ، فالقياس أن لا يضمن المكاتب شيئًا لما قلنا . إنه لا جناية منه ولا تعديًا .

وفي الاستحسان . يضمن الأقل من قيمته ومن دية المقتول ؛ لأنه صار متعديًا جانيًا بالتفريط بعد الطلب ، وموجب جناية المكاتب الأقل من قيمته ومن دية المقتول ، عرف ذلك في موضعه ، وإن لم يسقط الحائط حتى أدى المكاتب بدل الكتابة وعتق ، ثم سقط على إنسان فقتله ، وجبت دية المقتول على عاقلة المكاتب ، وعاقلته عاقلة مولاه على ما عرف في موضعه ، وإنما وجبت الدية ؛ لأن الجناية في هذا الباب إنما تحقق بتركه التفريغ عند اتصال الطلب به بالسقوط ، لكانت العبرة لحال السقوط ، وحال السقوط هو

حرٌّ، وجناية الحر توجب الدية على العاقلة.

وهذا بخلاف ما لو أشرع المكاتب كنيفاً أو جناحاً من حائط إلى طريق المسلمين، ثم أدى وعتق، ثم وقع ذلك على إنسان فقتله، كان على المكاتب الأقل من دية المقتول، ومن قيمته يوم الإشراع؛ لأن إشراع الكنيف والجناح في نفسه جناية؛ لأنه شغل به هواء طريق المسلمين، ولو شغل شيئاً من طريق المسلمين بشيء، ووضعه فيه كان جانياً بنفس الوضع، فههنا كذلك.

وإذا صار جانياً بنفس الإشراع، ووقت الإشراع هو مكاتب، فقد وجدت الجناية منه وهو مكاتب، فيكون موجب جنايته موجب جناية المكاتب، وصار كما لو حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق، ثم أدى وعتق، ثم جاء إنسان ووقع فيها ومات، يجب على المكاتب الأقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الحفر، وطريقه ما قلنا، بخلاف الحائط؛ لأن بناء الحائط ليس بجناية، والميلان ليس من صنعه؛ ليعتبر جانياً من وقت البناء أو من وقت الميلان، وإنما جعلناه جانياً بترك التفريغ عند اتصال التلف به بالمفرط، وهو في تلك الحالة حر، فكان موجب جنايته موجب جناية الحر.

قال في الكتاب: ألا ترى لو أن رجلاً أمه مولاة عتاقة لرجل وأبوه عبد أشهد عليه في حائط مائل، فلم ينقضه حتى عتق الأب[1]، ثم سقط الحائط وقتل إنساناً فديته على عاقلة الأب، ولو سقط قبل عتق الأب فالدية على عاقلة الأم؛ لما ذكرنا أن الجناية في هذا الباب إنما تتحقق وقت السقوط، ووقت السقوط في الفصل الأول ولاؤه لموالي الأب، وفي الفصل الثاني لموالي الأم. وهذا لأن الولاء كالنسب، والنسب يثبت من قبل الأم إذا لم يمكن إثباته من قبل الأب، فإذا أمكن إثباته من قبل الأب ينتسب من قبل الأب، وكذلك لو أشرع كنيفاً، ثم عتق أبوه، ثم وقع الكنيف على إنسان وقتله، فالدية على عاقلة الأم؛ لما ذكرنا أن إشراع الكنيف نفسه جناية، وعند ذلك عاقلته موالي الأم، فبهذا تبين لك الفرق بينهما أيضاً.

١٠٣٩٧ - ولو أن المكاتب عجز عن أداء بدل الكتابة فرد في الرق ثم سقط الحائط على إنسان فقتله كان دمه هدراً حتى لا يجب الضمان فيه على أحد، أما على المكاتب

(١) هكذا في ظ و ب و م، وفي الأصل: [illegible]

فلما ذكرنا أن الجناية في هذا الباب إنما تتحقق بترك التفريغ عند اتصال التلف به، فيشترط دوام القدرة على التفريغ إلى وقت اتصال التلف، ولم يوجد؛ لأن أكسابه انتقلت إلى المولى بالعجز، وأما على المولى فلأن الإشهاد عليه لم يوجد، وهذا بخلاف ما لو أشرع المكاتب كنيفًا أو جناحًا إلى الطريق، ثم عجز عن أداء بدل الكتابة، ورد في الرق ثم سقط الكنيف على إنسان وقتله حيث يخير المولى بين الدفع والفداء؛ لأن إشراع الكنيف نفســه جناية، فصار المكاتب جانيًا من وقت الإشراع، والموجب الأصلي في جناية المماليك الدفع والفداء، لكن امتنع الدفع هنا بسبب الكتابة، وبالعجز والرد في الرق إن انتقضت الكتابة يصير إلى الموجب الأصلي وهو[1] الدفع والفداء، وصار كما لو حفر المكاتب بئرًا على قارعة الطريق، ثم عجز، ورد في الرق، ثم وقع فيها إنسان ومات، فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء. وطريقه ما قلنا.

١٩٣٩٨ - رجل أشهد عليه في حائط مائل، فسقط على الطريق، وعثر رجل بنقض الحائط، ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط، وهذا قول محمد رحمه الله قد ذكرنا. أن الإشهاد على الحائط[2] إشهاد على نقضه عند محمد رحمه الله، ولو سقط الحائط على رجل وقتله، أو عثر رجل بنقض الحائط ومات، ثم عثر رجل آخر بالقتيل، فلا ضمان فيه على عاقلة صاحب الحائط.

والفرق أن الإشهاد على الحائط إشهاد على نقضه على ما ذكرنا، فهو مطالب بتفريغ عرصة الطريق عن النقض، وهو قادر على التفريغ؛ لأن النقض ملكه، فإذا لم يفرغ مع تمكنه صار بمنزلة الواضع باختياره، فكان مؤاخذًا به، أما الإشهاد على الحائط فليس بإشهاد على القتيل؛ لأن رفع القتيل ليس إلى صاحب الحائط إنما ذلك إلى أولياء القتيل، فلا يكون صاحب الحائط مطالبًا بتفريغ عرصة الطريق عن القتيل، فلا يكون الإشهاد على الحائط إشهادًا على القتل، فصار في حق القتيل كأن الإشهاد لم يوجد

---

(١) هكذا في ط ون وم، وكذا في الأصل، وهنا مكان "وهو".

(٢) وفي م: إن الإشهاد على الحائط في "شرح الطحاوي": ولو أشهد على الحائط فسقط فعقل بنقضه، فإنه يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا أشهد على النقض؛ لأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على النقض، ولو سقط الحائط ... إلخ.

أصلا

ولو كان مكان الحائط جناح أخرجه إلى الطريق، فوقع على الطريق، فعثر إنسان بنقضه ومات، وعثر رجل بالقتيل ومات أيضًا، فدية القتيلين جميعًا على صاحب الجناح، فرق بين الجناح وبين الحائط المائل في حق القتيل الثاني، والفرق ما ذكرنا أن إشراع الجناح نفسه جناية، والإشراع فعله، فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان حصول القتيل في الطريق مضافًا إلى فعله لحصول نقض الجناح في الطريق.

ومن ألقى شيئًا في الطريق، كان ضامنًا لما عطب به، وإذا لم يملك تفريغ الطريق عنه، فههنا كذلك، بخلاف مسألة الحائط؛ لأن نفس البناء ليس بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيًا، لكن جعل كالفاعل شرعًا لشغله الطريق مع القدرة على التفريغ، والشرع مع القدرة ورد في حق النقض، لا في حق القتيل؛ فإنما يجعل فاعلا في حق القتيل الأول، لا في حق القتيل الثاني، ففي حق القتيل الثاني، لا فعل منه أصلا، وبدون الفعل، لا يصير جانيًا.

١٩٣٩٩ - حائط مائل أشهد عليه في الحائط، ثم إن صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط، فسقط الحائط، فرمى بالجرة، وأصابت إنسانًا فقتله، فدية المقتول على صاحب الحائط؛ لأن سقوط الحائط بعد الإشهاد مضاف إلى صاحب الحائط، فالرمي بالجرة يكون مضافًا إليه أيضًا

ولو عثر بالجرة، أو بنقضها أحد، فلا ضمان على أحد، أما على صاحب الجرة فلأن الإشهاد عليه لم يوجد، وأما على صاحب الحائط فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادًا على الجرة إذ لم تكن الجرة مملوكة له لعدم قدرته على دفع الجرة حتى لو كانت الجرة مملوكة لصاحب الحائط كان ضامنًا من عثر بالجرة عنه، ويجعل الإشهاد على الحائط إشهادًا على الجرة لقدرته على رفعها وتفريغ الطريق عنه، كما جعل الإشهاد على الحائط إشهادًا على نقضه.

١٩٤٠٠ - رجل صحيح أشهد عليه في حائط مائل له، ثم جن جنونًا مطبقًا، أو ارتد - والعياذ بالله - ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه، ثم أفاق المجنون، ورجع المرتد إلى دار الإسلام مسلمًا، وردت عليه الدار، ثم سقط الحائط على إنسان

وقتله ، فلا ضمان على المشهود عليه ؛ لأن حكم ذلك الإشهاد قد بطل لفوات ولايته وقدرته على نقض الحائط بهدمه بالجنون والارتداد مع اللحوق ، وحكم الإشهاد متى بطل لا يعود إلا باستئناف جديد وصار كما لو باع الدار بعد الإشهاد عليه في الحائط ، ثم رد المشتري الدار عليه بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بعيب بقضاء القاضي ، ثم سقط الحائط على إنسان وقتله ، فإنه لا ضمان عليه . وإنما لم يكن عليه الضمان ؛ لأن حكم ذلك الإشهاد قد بطل لفوات قدرته على نقض الحائط بالبيع ، فلا يعود إلا باستئناف جديد بعد ما عادت الدار ، كذا ههنا .

١٩٤٠١ - وإذا تقدم الرجل إلى رجل في حائط له مائل ، فلم ينقضه حتى باع الدار التي فيها ذلك الحائط ، فقد خرج من الضمان ، وبرئ منه ، وذلك لأنه بعد البيع صار بحال لا يملك نقض الحائط ، فيبطل التقدم ، والمشتري وإن كان يملك نقض الحائط بعد الشراء إلا أنه لم يتقدم إليه حتى إنه لو تقدم إلى المشتري فلم ينقض حتى سقط ، فأتلف شيئا ، فإن المشتري يضمن ، بخلاف ما إذا أشرع جناحا في طريق المسلمين من داره ، ثم باع الدار ، ثم أصاب الجناح إنسانا ، فقتله حيث يجب الضمان على البائع .

والفرق ما ذكرنا أن إشراع الجناح نفسه جناية ، والبيع لم يبطل جنايته ؛ لأن جنايته من حيث إنه شغل هواء طريق المسلمين ، والشغل[1] لم يبطل البيع ، فلم تبطل الجناية ، فبقي مؤاخذا بها ، أما بناء الحائط نفسه ليس بجناية والميلان ليس صنعه ليقال : لم تبطل البناء والميلان ، فلم تبطل الجناية ، وإنما الجناية ترك التفريغ عند اتصال التلف به بالسقوط مع إمكان التفريغ ، وبالبيع زال الإمكان ، فارتفعت الجناية ، فلهذا افترقا . وإذا كانت الدار رهنا عند رجل فتقدم إلى المرتهن في حائط مائل ، فلا ضمان على المرتهن ؛ لأنه لم يصح التقدم إلى المرتهن ؛ لأن المرتهن لا يملك نقض الحائط ، فيكون التقدم إليه ، وهو لا يملك نقض الحائط والتقدم إلى الأجنبي سواء ، ولو تقدم إلى أجنبي بالنقض لم يصح ، ولا ضمان على الراهن ؛ لأنه لم يتقدم إليه ، ولا إلى نائبه ، والمرتهن ليس بنائب عنه وإن تقدم إلى رب الدار وهو الراهن ، صح التقدم حتى يضمن إذا سقط ؛ لأن الراهن قادر على نقض الحائط بأن يقضي الدين ، وينقض الحائط ، فصح التقدم إليه كما يصح

(١) وفي م : والشغل به .

عليهما ليس بتقدم على الصغير حقيقة ؛ ولكن جعل كالتقدم على الصغير لقيام ولايتهما عليه ، فما دامت ولايتهما باقية عليه ، يبقى حكم ذلك التقدم في حقه ، وبالبلوغ زال ولايتهما عنه ، فبطل حكم ذلك التقدم في حقه ، وصار في حق الصغير كأن التقدم لم يوجد أصلاً .

وكذلك لو مات الأب أو الوصي والغلام صغير ، ثم وقع الحائط على إنسان وقتله كان دمه هدرًا ؛ لأن بالموت بطلت ولايتهما ، فكان موتهما بمنزلة بلوغ الصبي ، وإن تقدم على الصبي بعد البلوغ تقدمًا مستقبلاً ، ثم سقط الحائط على إنسان ، فقتله فديته على عاقلة الصبي ؛ لأن حكم ذلك التقدم قد ارتفع ، وصار كأنه لم يوجد حتى بلغ الصبي ، وأشهد عليه ، هناك كان الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله : في رجل أخرج من دار ولده الصغير جناحًا ، أو كنيفًا ، أو نحو ذلك وكيل لرجل في داره ، فتولد منه تلف . فالضمان على الصبي والموكل لقيام فعلهما مقام فعل الصبي والموكل ، فصار الصبي والموكل جانيين .

١٩٤٠٣ - وفي « المنتقى » : حائط مائل في دار العبد مأذون مديون ، فالتقدم في ذلك إلى العبد ؛ لأنه ليس للمولى ولاية الهدم إذا كان العبد مديونًا ، فإن تقدم إلى العبد ، فلم يهدم حتى وقع على إنسان ، فالدية على عاقلة المولى .

١٩٤٠٤ - وإذا تقدم في الحائط إلى بعض الورثة دون البعض ، ثم سقط الحائط ، فالقياس أن لا يضمن الشريك الذي تقدم إليه بالنقض شيئًا ، وفي الاستحسان يضمن حصة نفسه ، ويطرح عنه حصة شركائه .

وجه القياس في ذلك : وهو أن الحائط المائل إنما يصير سبب ضمان إذا صح التقدم ، والتقدم إلى الشريك الحاضر لم يصح في نصيبه ؛ لأن التقدم إنما يصح إلى من يملك نقض الحائط ، والشريك الحاضر لم يملك نقض نصيبه من الحائط إلا بعد القسمة ، وإذا لم يملك نقض نصيبه لم يصح التقدم إليه ، كما لا يصح إلى الأجنبي ، وإذا لم يصح التقدم إليه صار وجود هذا التقدم وعدمه بمنزلة .

ووجه الاستحسان في ذلك : أن التقدم قد صح ؛ لأن الشريك الذي تقدم إليه بالنقض قادر على نقض الحائط في نصيبه من حيث الاعتبار ، ولو كان قادرًا على نقض

الحائط في نصيبه من حيث الحقيقة كان التقدم إليه صحيحاً، فكذا إذا كان قادراً على النقض من حيث الاعتبار، وإنما قلنا: إنه قادر على نقض نصيبه من حيث الاعتبار؛ لأنه يقدر على أن يرافع الأمر إلى القاضي، فيقول للقاضي: بيني وبين فلان وفلان حائط مشترك وقد وهى، وقد مال إلى الطريق، وقد تقدم إلي بالنقض، فإما أن تأمر شركاءي حتى تنقض إذا كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً، فأذن لي بالنقض، فإذا كان قادراً على نقض نصيبه بهذا الطريق صح التقدم إليه في نصيبه، وإذا صح التقدم في نصيب الحاضر، إذا سقط الحائط بعد ذلك، وأصاب شيئاً، فإنه يضمن الشريك المتقدم إليه بقدر نصيبه من الحائط، ويهدر[1] حصة شركائه؛ لأنه لم يتقدم إلى شركائه، ولا إلى من كان نائباً عن شركائه، وإنما تقدم إلى الحاضر، فيضمن بقدر حصته من الحائط.

١٩٤٠٥ - وفي "المنتقى": رجل مات، وترك ابناً، وداراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها، وفيها حائط مائل إلى الطريق، ولا وارث للميت غير هذا الابن، فالتقدم في الحائط إليه، وإن كان لا يملكها، فإن وقع الحائط بعد التقدم إليه، كانت الدية على عاقلة الأب دون عاقلة الابن.

فإن كان الحائط المائل بين خمسة نفر أخماساً، وتقدم إلى أحدهم بالنقض، ثم سقط على إنسان وقتله، فإنه يضمن المتقدم إليه خمس الدية، ويجب على عاقلته، ويهدر أربعة أخماسه، وهي حصة شركائه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: بأن الشريك الحاضر المتقدم إليه يضمن نصف الدية، ويجب ذلك على عاقلته، ويهدر النصف.

ذكر المسألة في "الجامع الصغير" على هذا الوجه، وذكر هذه المسألة في الأصل، ولم يذكر فيها خلافاً.

١٩٤٠٦ - قال في "الجامع الصغير" أيضاً: الدار إذا كانت بين ثلاثة نفر حفر أحدهم في هذه الدار المشتركة بئراً، ووقع فيها إنسان ومات، قال: على عاقلة الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله ثلثا دية المقتول، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب على الحافر نصف الدية، وهذه المسألة مذكورة في الأصل أيضاً من غير ذكر

---

(١) وكان في ظ "يهدم".

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المتلف في مسألة الحائط الثقل المقدر لا أصل الثقل ، فإن أصل الثقل مما لا يوجب التلف بحال ، فإن الثقل إذا كان شيئاً يسيراً ، ووقع على إنسان لا يوجب التلف بحال ، وإذا لم يكن أصل الثقل متلفاً ، وإنما المتلف ثقل مقدر وجب أن تكون العبرة في قيمة الضمان في التلف الحاصل بالثقل المقدر الثقل قياساً على ما قالوا جميعاً فيمن استأجر دابة ، أو استعار ليحمل عليها كراً من حنطة ، فحمل عليها كراً ونصف كر من حنطة ، فتلفت الدابة ، فإنه يضمن المستأجر ثلث قيمة الدابة ، ولم يجعل كأن الدابة تلف بجنايتين من واحد : إحداهما : معتبرة ، والأخرى : غير معتبرة حتى يجب النصف ، ويهدر النصف إنما لم يجعل كذلك ؛ لأن المتلف ثقل مقدر ، فوجب قسمة الضمان على مقدار الثقل ، فقلنا : الثلثان من ذلك كان بإذن ، والثلث بغير إذن يضمن الثلث ، ويهدر الثلثان ، فكذلك هنا ، يجب أن يقسم على مقدار الثقل أخماساً ، خمسة معتبرة وأربعة أخماسه غير معتبرة ، فيهدر أربعة أخماس النفس ، ويعتبر الخمس .

وكذلك في مسألة الحفر المتلف عمق مقدر لا أصل العمق ، فإن أصل العمق مما لا يوجب التلف ، فوجبت قسمة الضمان على مقدار العمق ، وثلث العمق كان غير معتبر ، والثلثان اللذان حصل في نصيب شريكه معتبر ، فوجب قسمة الضمان على ذلك ، فيضمن الثلثين ويطرح عنه الثلث بخلاف ما أوردت من الجراحات ، وذلك لأن المتلف أصل الجرح لا جرح مقدر ، فإن من غرز إنساناً بإبرة فمات ضمن ، وهذا لأن الإنسان قد يسلم من جراحة كثيرة ولا يسلم من جراحة يسيرة ، فسقط اعتبار المقدار في الجراحات ، ووجب قيمة الضمان على عدد الجناية إذا كانت جناية الجاني مما يجوز أن يكون معتبرة في حكم من الأحكام ، والضرب بمنزلة الجرح بخلاف ما نحن فيه ، فإن المتلف ثقل مقدر وعمق مقدر لا أصل العمق والثقل ، فيجب قسمة الضمان على مقدار الثقل وعلى مقدار العمق ، وإذا وجبت قسمة الضمان على ذلك كان الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله .

وذكر شيخ الإسلام[١] الزاهد أبو عبد الله الحسين بن علي بن أحمد : قال في شرح الجامع الصغير : إن هذا الخلاف في مسألة الحائط فيما إذا قتله الحائط جرحاً ، لا

....

(١) وفي ب : الشيخ الإمام .

لرجلين أشهد عليهما ، وحائط مائل لرجل أشهد عليه ، فسقطا على إنسان ، فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذي له الحائط ، ونصف الدية على الرجلين اللذين لهما الحائط ، سواء مات من الجراحة ، أو غمّ ، أو ثقل.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن مات من جرح جرحه الحائط ، فالدية عليهم أثلاثًا ، وإن مات من ثقلها ، فالدية عليهما نصفان .

٨٠١٩٤ - وإذا وضع الرجل على حائطه شيئًا ، فوقع ذلك الشيء ، فأصاب إنسانًا ، فلا ضمان عليه ، إذا وضعه لمولاه حتى لم يصر شيئًا من هذا الطريق مشغولا به ، وإن صار سببًا للإتلاف ؛ لأنه غير متعدٍ في التسبب ؛ لأنه وضعها في ملكه ، وله أن يضع في ملكه ما شاء ، والمسبب لا يضمن إذا لم يكن متعديًا ، فأما إذا وضع عرضًا ، حتى خرج طرف منه إلى الطريق إن سقط ، فأصاب الطرف الخارج منه شيئًا ، فإنه يضمن ، وكان الجواب فيه كالجواب في إخراج الميزاب .

وكذلك لو كان الحائط مائلا ، وكان وضع الجذع عليه طولا حتى لم يخرج شيء منه إلى الطريق ، ثم سقط ذلك الجذع على إنسان ومات ، فإنه لا يضمن ، هكذا ذكر في الكتاب ، وأطلق الجواب إطلاقًا ، من مشايخنا من قال : هذا إذا كان الحائط مال إلى الطريق ميلا يسيرًا غير فاحش ، فأما إذا مال ميلا فاحشًا ، فإنه يضمن ذلك ؛ لأن الميلان إذا كان غير فاحش ، بحيث يوجد ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة ؛ لأن الجدار قل ما يخلو عن قليل ميلان يكون له إلى الطريق .

فأما إذا كان ميلانًا فاحشًا بحيث يخلو عنه البناء في الأصل ، فإنه يضمن إذا سقط ذلك على إنسان ، وإن لم يتقدم إليه بالرفع ؛ لأنه متى وضع الجذع طولا على الحائط المائل صار شاغلا محض هواء الطريق ، لكن بواسطة الحائط المائل ، فيعتبر بما لو شغل الهواء بغير واسطة ، ولو شغل هواء الطريق بغير واسطة ، بأن كان أخرج الجذع من الحائط ، فسقط الجذع ، فأصاب إنسانًا ضمن ، فكذلك هنا .

ومنهم من قال : الجواب كما أطلقه محمد رحمه الله لا يضمن في الحالين ، وذلك لأنه وإن صار شاغلا للهواء[1] بواسطة ميلان الحائط إلا أن الميلان قبل التقدم ساقط

---

(١) وفي ظ "بهواء" .

الاعتبار حكمًا مائل أنه لو سقط الحائط في التقدم، وأصاب إنسانًا، فإن صاحب الحائط لا يضمن، وإذا صار ميلان الحائط ساقط الاعتبار حكمًا قبل التقدم، صار كأنه وضع الجذع على حائط غير مائل، أو على حائط مائل ميلا يسيرًا، ولو كان كذلك إذا سقط الجذع، فأصاب إنسانًا لا يضمن؛ لأنه وضعه في ملكه، كذا هنا حتى لو كان الوضع بعد ما تقدم في الحائط، ثم سقط الجذع، وأصاب إنسانًا، نقول: بأنه يضمن؛ لأنه صار الميلان معتبرًا حكمًا بعد التقدم، فصار شاغلا هواء الطريق بواسطة الحائط، فيضمن متى وقع الجذع بعد ذلك على إنسان.

١٤٤٠٩ - وفي «المنتقى»: قال محمد رحمه الله: حائطا مائل تقدم إلى صاحبه فيه، فلم يهدمه حتى ألقته الريح، فهو ضامن؛ لأنه إنما يخاف على الحائط من أن يقع من الريح، وغير ذلك، قال: وليس هذا كحجر وضعه إنسان على الطريق، وألقته الريح من موضعه إلى موضع آخر، فعثر به إنسان، فإنه لا يضمن.

١٤٤١٠ - وإذا تقدم إلى الرجل في حائط من دار في يديه، فلم يهدمه حتى سقط على رجل فقتله، وأنكرت العاقلة أن تكون الدار له، فلا ضمان على العاقلة ما لم تقم البينة أن الدار التي في يديه ملكه.

وقال زفر رحمه الله: يجب الضمان على العاقلة، وقد ذهب في ذلك إلى أن الدار في يده، والقول قول الإنسان فيما في يده أنه ملكه، وإذا ثبت أن الدار ملكه بقوله صار الثابت بقوله كالثابت بالبينة.

وعلماؤنا الثلاثة ذهبوا في ذلك إلى أن القول قول ذي اليد أن ما في يده ملكه فيما يرجع إلى الدفع بأن جاء إنسان، وادعى أنه له، كان القول قول ذي اليد أنه ملكه، فأما فيما يرجع إلى الاستحقاق على الغير، فإنه لا يجعل القول قوله: إن الملك ثابت في يده له، ولهذا قلنا: إنه لو أراد أن يستحق الشفعة على المشتري بالملك الثابت له بظاهر اليد لا يقدر عليه حتى يقيم البينة أن الدار ملكه، وهذا لأن الملك بظاهر اليد ثابت بظاهر الحال، والثابت من حيث الظاهر يصلح للدفع، ولا يصلح للاستحقاق على الغير، فكذلك في القتيل مست الحاجة إلى إقامة البينة أن الدار ملك صاحب الحائط حتى يجب الضمان على العاقلة.

ثم ذكر محمد رحمه الله في الكتاب ما لم تقم البينة: أن الدار ملكه، ولم يذكر شيئاً آخر، وقد روي عن محمد رحمه الله في غير رواية الأصول أنه قال: إن ولي القتيل يحتاج إلى أن يقيم البينة على ثلاثة أشياء حتى يجب الضمان على العاقلة. أحدهما: أن الدار ملكه، والثاني: أنه قد تقدم إليه، لأن التقدم لا يثبت في حق العاقلة بمجرد إقرار الذي الدار في يده، وأن يقيم البينة على أنه مات المسقوط عليه من سقوط الحائط، قالوا: لا بد من ثبوت الشرطين إذا أنكرت العاقلة كون الدار ملكاً له والتقدم إليه.

فأما الشرط الثالث: وهو أن يشهد أنه مات من سقوطه، فهذا ليس بشرط على ما ذكره في ظاهر الرواية، فإنه قال: إذا شهد شاهدان على رجل أنه جرحه، ولم يزل صاحب فراش حتى مات قال: يقضي على المشهود عليه، وإن لم يشهدوا أنه مات من جراحته؛ لأنه لا علم لهم بذلك، فكذلك هذا، وإذا لم يجب على العاقلة يجب في ماله، كما لو أقر بجناية موجبة للمال، إذا كذبته العاقلة في ذلك يجب في ماله، فكذلك هنا.

وإن أقرت العاقلة أن الدار له ضمنوا الدية، كما لو أقروا بجناية خطأ، وصدقته العاقلة في ذلك فالدية. وكذلك الجناح والميزاب يشرعه الرجل من داره في الطريق، فوقع على إنسان فمات، وأنكرت العاقلة أن يكون الدار له، وقالوا: إنما أمره رب الدار بإخراج الجناح، فلا ضمان عليهم إلا أن يقيم البينة أن الدار له، وذلك لأن إخراج الجناح من الذي الدار في يده إنما يوجب الضمان على العاقلة؛ إذا أخرجه من داره إلى الطريق، أو من دار غيره بغير أمر صاحب الدار، فأما إذا أخرجه من دار غيره بإذن صاحب الدار، فإن الضمان يجب على عاقلة الآمر إذا كان السقوط بعد الفراغ من العمل استحساناً، ولم يثبت كون الدار ملكاً للذي أخرج الجناح إلى الطريق لا بالبينة، ولا بإقرار العاقلة.

فإن قيل: أمر غيره إياه بإخراج الجناح غير ثابت، فإن الأصل عدم الأمر، والأمر عارض.

قلنا: عدم الأمر ثابت بظاهر الحال، وظاهر الحال يصلح حجة للدفع، ولا يصلح حجة للاستحقاق، وإن أقر رب الدار أن الدار له وكذبته العاقلة، فإن الدية تجب في ماله؛ لأن صاحب الدار لا يصدق في إقراره في حق العاقلة، فيجعل وجود إقراره بذلك

في حق العاقلة وعدمه بمنزلة إذا كذبه العاقلة في ذلك ، ولو قامت به بينة ضمن ذلك العاقلة ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار العاقلة ، ولو أقر العاقلة أن الدار ملكه وجبت الدية على عاقلة صاحب الدار ، كذا هاهنا .

١٩٤٠٦ – رجل تقدم إليه في حائط مائل له ، فلم ينقضه حتى وقع على حائط لجاره وهدمه ، فهو ضامن من الحائط المائل ؛ لأنه صار جانيًا بترك النقض بعد الطلب من المستحق مع القدرة عليه ، فكأنه دفعه بنفسه وأوقعه على حائط جاره ، ويكون بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن ، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان ؛ لأن الحائط هالك من وجه قائم من وجه ، فإن شاء مال إلى جهة القيام ، وأخذ النقض من النقصان ، وإن شاء مال إلى جهة الهلاك ، وترك النقض ، وضمنه قيمة الحائط ، ولو أراد أن يجبره[1] على البناء كما كان ليس له ذلك ؛ لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال ، ولم يذكر محمد رحمه الله طريق معرفة قيمة الحائط .

ويحكى عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني أنه قال : يقوم الدار وحيطانها محيطة بها ؛ لأنه أتلف عليه حائطًا محيطًا بالدار ، وقيمة الحائط محيطًا بالدار تخالف قيمة الحائط ساقطًا ، هذا كما قال في " المنتقى " : إذا أرسل دابته في زرع غيره ، وأفسده ضمن قيمة الزرع ، فطريق معرفة قيمته أن يقوم الأرض مع الزرع النابت ، فيضمن حصة الزرع ؛ لأنه أتلف الزرع نابتًا ، وقيمة الزرع نابتًا غير قيمته مقلوعًا ، وإذا ضمنه قيمة حائط كان النقض للضامن ؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان على ما عرف .

فلو جاء إنسان ، وعثر بنقض الحائط الأول ، فالضمان على عاقلة المتقدم عليه ، وهذا قول محمد رحمه الله على ما مر قبل هذا ، وإن عثر بنقض الحائط الثاني قبل تضمين صاحب الحائط الأول وبعده ، فلا ضمان على أحد ، أما على صاحب الحائط الثاني فلانعدام التقدم إليه ، وأما على صاحب الحائط الأول فلأنه ليس بقادر على رفعه عند اتصال التلف به ؛ لأنه ملك غيره حتى لو كان الحائط الثاني ملكًا لصاحب الحائط الأول كان دية المقتول على الحائط الأول لصيرورته جانيًا بترك تفريغ الطريق عن

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل " أن يجبره ".

النقض مع القدرة عليه، وأما بعد تضمين صاحب الحائط الأول فلأنه وإن قدر على رفعه عند اتصال التلف به؛ لأنه صار متمكنًا له بالنقض، إلا أن هذا معنى متجدد لا بد له من تقدم متجدد، ولم يوجد ذلك هنا.

ولو أن الحائط الأول حين وقع على الحائط الثاني، وهدمه وقع الحائط الثاني على رجل وقتله، لا ضمان على صاحب الحائط الثاني لانعدام الجناية منه، وإنما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الأول؛ لأنه صار جانيًا بترك التفريغ بعد الطلب مع القدرة عليه، فكأنه ألقى الحائط الأول على الحائط الثاني حتى وقع الثاني على إنسان وقتله، وهناك كان الجواب كما قلت، فهنا كذلك - والله أعلم -.

١٩٤١٢ - حائط مائل لرجل أخذ العاصي صاحبه بالهدم، فضمن رجل أن يهدمه بأمره، فهو جائز، وللضمين أن يهدمه بغير أمره، ذكره في المنتقى.

١٩٤١٣ - رجل تقدم عليه في حائط مائل له لا يخاف أن يقع على الطريق، لكن يخاف أن يقع على حائط له آخر صحيح لا يخاف وقوعه، فيقع الصحيح في طريق المسلمين، ولم يقع المائل، ولكن وقع الصحيح بنفسه، فأتلف إنسانًا، أو عثر بنقضه رجل كان هدرًا؛ لأن التقدم ما وقع على الصحيح مقصودًا حتى يجب عليه هدم الصحيح، فيصير بترك الهدم مع القدرة عليه جانيًا.

وإنما وقع التقدم عليه بطريق التعدي من الحائط المائل، وإنه ما سقط بطريق التعدي من الحائط الثاني، وإنما سقط مقصودًا، ومن هذا الوجه لم يوجد التقدم، فيكون بمنزلة حائط سقط على إنسان قبل أن يتقدم عليه فيه، حتى لو سقط الثاني بطريق التعدي من الأول، فأتلف إنسانًا، أو عثر به إنسان لا يكون هدرًا - والله أعلم -.

١٩٤١٤ - حائطان لرجلين كل حائط لرجل على حدة وهما مخوفان أشهد على صاحبيهما(١)، فوقع أحدهما على صاحبه، فطرحه على رجل، أو طرحه في الطريق، فعثر رجل بنقضه، فعلى صاحب الحائط الأول دية الذي أصابه الحائط الثاني؛ لأن الحائط الأول لما كان واقعًا بالثاني صار كأن صاحب الحائط الأول أخذ الحائط الأول، وألقاه على الثاني حتى سقط على رجل، وهناك كان الجواب كما قلنا، فهنا كذلك،

(١) وكان في ظ و ف: عليهما.

وليس عليه ضمان القتيل الذي عثر بنقض الحائط الثاني ؛ لأنه ليس بقادر على رفعه عن الطريق ؛ لأنه ملك غيره . وليس على صاحب الحائط الثاني شيء من ديه الذي أصابه حائط ، ولا من دية الذي عثر بنقض حائطه ؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا خيف على كل حائط بوقوعه على الطريق ، لا وقوعه على صاحبه .

وإذا كان موضوع المسألة هذا كان التقدم واقعًا على كل واحد منهما مقصودًا ، لا بطريق التعدي على الآخر ، والحائط الثاني هنا ما وقع مقصودًا ، وإنما وقع بطريق التعدي عن الأول ، ومن هذا الوجه لا يفيد ، فلهذا لا يضمن صاحب الحائط الثاني . ولو كان مكان الحائط الأول جناحًا أخرجه رجل إلى الطريق ووقع على حائط مائل لرجل تقدم عليه ، ووقع الحائط على رجل ، فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط بعد ما وقع على الأرض ، فذلك كله على صاحب الجناح ؛ لأن إشراع الجناح نفسه جناية ؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين ، فصار كأنه ألقاه بيده على الحائط حتى وقع على الأرض . فكان حصول نقض الحائط في الطريق مضافًا إلى فعل صاحب الجناح ، فيضمن من عثر به وإن كان لا يملك رفعه .

١٩٤١٥ - رجل له سفل ، ولآخر علو ، وهما مخوفان تقدم على صاحبيهما ، فلم يهدما حتى سقط السفل ، فرمى بالعلو على إنسان فقتله ، فدية المقتول على عاقلة صاحب السفل ؛ لأن سقوط السفل بعد التقدم مضاف إليه كأنه أسقطه . وسقوط العلو حصل بسقوط السفل ، فصار سقوط العلو مضافًا إلى صاحب السفل من هذا الوجه كأنه أسقطه على القتيل . ولهذا صار العلو مضمونًا على صاحب السفل ، فصار ضمان المقتول على صاحب السفل ههنا . وضمان من عثر بنقض السفل عليه أيضًا إذ التقدم على السفل المخوف تقدم على نقضه ، فوجب عليه رفعه تفريغًا لطريق العامة ، وهو متمكن من رفعه لكونه ملكًا له ، ومن عثر بنقض العلو ، فلا ضمان فيه على أحد ، أما على صاحب السفل لأنه غير متمكن من رفعه ؛ لأنه ملك غيره ، ولا ضمان على صاحب العلو أيضًا وإن تقدم إليه في العلو ، والتقدم على العلو تقدم على نقضه ؛ لأن موضوع المسألة أنه تقدم على العلو مقصودًا لا تبعًا ، والعلو سقط تبعًا لا مقصودًا .

قال : في الرجل يخرج من ملكه طريق الأعظم ويسد طريق ضيق القديم يكون له

ذلك إذا لم يكن يضر بالمسلمين؛ لأن لكل واحد من آحاد المسلمين حق الانتفاع بالطريق الأعظم من حيث المرور، ولا ضرر في المرور هنا للمسلمين، فكل انتفاع لا ضرر فيه للمسلمين يكون كالمرور، فيلحق بالمرور، وكل انتفاع فيه ضرر بالمسلمين لا يكون كالمرور، فلا يلحق بالمرور، فعلم أن الطريق الأعظم حق كل واحد من المسلمين بطريق الإباحة كالحشيش دون الملك، أما إذا كان يضر بالمسلمين فلكل واحد من أهل الطريق رفعه.

١٩٤١٦- قال في الرجل: يخرج في الطريق الأعظم كنيفًا، أو جرصنًا، أو ميزابًا، أو بنى دكانًا، فلرجل من عرض الناس أن ينزع ذلك كله، والجرصن: هو البرج الذي يكون في الحائط، وقيل: الجرصن الميزاب الملتصق بالحائط في أسفل بئر يجتمع فيها الماء، وإنما كان كذلك لأن طريق المسلمين حق عامتهم، فإذا شغله بما ليس بحق له، فقد تصرف في حقهم بغير حق، فكان لكل واحد من أهل الطريق رفعه، ويدخل في الرجل من عرض الناس الكافر؛ لأن الكفار في استحقاق الطريق مثل المسلمين لحاجتهم إلى الطريق، وحاجتهم معتبرة خصوصًا إذا كان ذميًا.

وإن كانت هذه الأشياء قديمة، لا يكون لأحد حق الرفع، وإن كان لا يدري حالها، فإنها تجعل حديثة، وهذا هو الأصل أن ما يكون من هذه الأشياء على طريق العامة، ولا يعرف حاله أنه يجعل حديثًا حتى كان للإمام حق الدفع[1]، وإن أخرج شيئًا من هذه الأشياء في الطريق الخاص في سكة غير نافذة، فلكل واحد من أهل السكة إذا كان له حق المرور تحت هذه الأشياء حق النزع، ومن ليس له حق المرور تحت هذه الأشياء من أهل السكة، فليس له حق النزع، وإن كانت هذه الأشياء قديمة ليس لأحد حق النزع، وإن كان لا يدري حال هذه الأشياء تجعل قديمة، وهذا هو الأصل أن ما كان في سكة غير نافذة من هذه الأشياء إذا لم يعرف حاله يجعل قديمًا بخلاف ما إذا كان على طريق العامة، وكان كالجذوع الشاخصة في دار إنسان إذا كان لا يدري حالها تجعل قديمة، حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء، كذا هنا.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح: إذا أراد الرجل إحداث ظلة في

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "الرفع".

طريق العامة، ولا يضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله: أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح، وعلى قول محمد رحمه الله: له حق الخصومة في المنع من الإحداث، وليس له حق الرفع، وقال أبو يوسف رحمه الله: ليس له حق المنع ولا حق الرفع، وأما إذا كان يضر بالمسلمين فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الرفع جميعاً.

وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة فإنه لا يعتبر فيه الضرر وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه إذن باقي الشركاء.

قال محمد رحمه الله في الكتاب: ولصاحب هذه الأشياء أن ينتفع بها إذا لم يضر بالمسلمين، وإن كان يضر بهم، كره ذلك له. وهذا لأن لكل واحد من آحاد المسلمين حق الانتفاع بالطريق الأعظم من حيث المرور، ولا ضرر في المرور للمسلمين، وكل انتفاع لا ضرر فيه للمسلمين ملحق بالمرور، فيكون حقاً له، وكل انتفاع فيه ضرر المسلمين لا يكون كالمرور، فلا يلحق بالمرور. توضيحه: أن الطريق الأعظم حق كل واحد من المسلمين بطريق الإباحة دون الملك كالصيد والحشيش، وشريطة المباح أن لا يتضمن ضرراً بأحد، وإذا تضمن حرم.

وكذا البالوعة يحفرها إنسان في الطريق الأعظم منع من ذلك؛ لأنه لا يخلو عن الضرر لا محالة.

ذكر شيخ الإسلام في كتاب الصلح: ذكر أبو جعفر الطحاوي: أن من أراد إحداث ظلة في طريق العامة قبل أن يباح له ذلك، ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد في رفعها، وبعدما خوصم في رفعها ومنع من ذلك لا يباح له الانتفاع، ويأثم بتركها بعد ذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يباح له ذلك ما لم يضر بأحد، وكأن أبا يوسف ومحمداً اعتبرا الضرر، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الخصومة.

وقد ذكر هذه المسألة في أول كتاب الوكالة في حديث علي وطلحة رضي الله عنهما، ولم يحك فيه خلافاً، وحكى الخلاف هنا، فيجوز أن تكون المسألة مختلفة فيه، فيكون بناء على مسألة كتاب الدعوى، وهي إحداث أمر حادث في العلو الذي لا سفل

له؛ لأن أبا يوسف ومحمدًا رحمهما الله اعتبرا الضرر كذا هنا. قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": إذا حفر بالوعة على طريق المسلمين بأمر الإمام، أو: ضمن بإذن السلطان، فلا ضمان عليه فيما عطب به، وإن فعل بغير إذنه ضمن. قال: وهكذا الجواب في هذا النوع من المسائل.

١٩٤١٧- قال في "الأصل": وإذا وضع الرجل في الطريق حجرًا أو بنى فيه أو أخرج من حائطه جذعًا أو صخرة شاخصة في الطريق، أو أشرع كنيفًا، أو جناحًا، أو ميزابًا، أو ظلة، أو وضع في الطريق جذعًا، فهو ضامن لما أصاب شيئًا وأتلفه إلا أن التالف إذا كان آدميًا، فإنه يجب الضمان على عاقلته، وإن جرح آدميًا، ولم يقتله إن بلغ أرشه أرش الموضحة، فإنه يجب على العاقلة، وإن كان دون ذلك، فإنه يجب في ماله، ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث إذا كان المقتول مورثه، وإن أصاب مالًا وأتلفه، فإنه يجب في ماله.

ذكر المسألة في "الأصل" مطلقًا، وإنها على التفصيل الذي ذكر في مسألة "الجامع الصغير": إن فعل ذلك بغير إذن الإمام يضمن، وإن فعل بإذن الإمام لا يضمن، وذلك لأنه مسبب للإتلاف، وهو متعد في التسبيب إذا فعل بغير إذن الإمام؛ لأنه شغل طريق المسلمين أو هواء طريق المسلمين بما ليس له حق الشغل، والتسبيب إذا كان تعديًا، فهو ملحق بالمباشرة في حق حكم الضمان، حتى يجب الضمان على المسبب حسب وجوبه على المباشر، والجواب في المباشرة على التفصيل الذي قلنا، فكذا في التسبيب الذي هو ملحق بالمباشرة، فأما إذا فعل ذلك بإذن الإمام، فهو غير متعد؛ لأن للإمام ولاية على الطريق الأعظم بصفة الإطلاق والعموم؛ لأنه نائب عن العامة، فصار ذلك الفعل حقًا بإذن الإمام، وخرج من أن يكون جناية وتعديًا، كما لو فعل ذلك في ملك نفسه.

قال مشايخنا: وإنما يجوز للإمام أن يأذن بذلك إذا كان لا يضر بالعامة بأن كان في الطريق سعة، فأما إذا كان يضر بالعامة بأن كان في الطريق ضيق، لا يسع له ذلك.

ثم ما ذكر من الجواب في الكتاب إذا فعل شيئًا من ذلك في الطريق الأعظم، أو في الطريق في سكة نافذة. أما إذا فعل شيئًا من ذلك في الطريق في سكة غير نافذة، فعطب به إنسان ينظر إن فعل ما ليس من جملة السكنى، لا يضمن حصة نفسه،

اتصل بالثالث أثر فعل الثاني لا أثر فعل الأول، والثاني كان في الفعل متعديًا.

١٩٤١٩ - ولو ألقى رجل في الطريق ترابًا كان بمنزلة الحجر والخشب؛ لأنه شغل الطريق بما ليس له حق الشغل، فكان متعديًا في ذلك كما لو شغله بالحجر والخشب.

١٩٤٢٠ - ولو أن رجلا كنس طريقًا، لم يكن عليه في ذلك ضمان، إن عطب إنسان؛ لأنه بالكنس محسن، وليس بمتعد، فإنه أزال الأذى عن الطريق، وذلك مندوب شرعًا، فكان محسنًا فيما صنع لا متعديًا، فلم يكن عليه ضمان إلا أن يكون جمع الكناسة في موضع من الطريق فتعقل به إنسان، ولو كان كذلك كان الذي كنس ضامنًا؛ لأنه شغل الطريق بما ليس له شغله، فكان متعديًا في هذا السبب، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه.

١٩٤٢١ - وإذا وضع الرجل جمرًا في الطريق فحرق شيئًا، فإن ضمان ذلك على الواضع، وذلك لأنه في وضعه كان جانيًا متعديًا، فما تولد منه، فإنه يكون مضمونًا عليه، فإن هبت به الريح، فحركته عن موضعها، فلا ضمان عليه فيما أحرقت[1] بعد ذلك؛ لأن فعله قد انقطع بتحريك الريح، فقلنا: إن الضمان سقط.

من أصحابنا من قال: هذا إذا حركت عينها عن موضعها، وأما إذا ذهب بشررها، فأحرقت شيئًا، فإن الضمان يجب عليه في ذلك أيضًا، وذلك لأنها إذا حركت عينها، فذهب بها عن موضعها، فقد انقطع فعله، فيكون الضمان ساقطًا عنه، فأما إذا ذهب شررها، فالعين باق في مكانه، فتكون الجناية باقية، فيكون الضمان عليه.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يقول: إذا كان اليوم يوم ريح، فهو ضامن، وإن ذهب الريح بعينها، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان من غير التفصيل.

١٩٤٢٢ - ولو أن رجلا رش الطريق، فعطب به إنسان، ومات، وجب[2] الضمان على عاقلته، ولا كفارة عليه.

(١) هكذا في ف وب، وكان في الأصل وم: احترقت.

(٢) هكذا في ف وم، وكان في الأصل: وجبت النفقة.

وكذلك الوضوء ، هكذا ذكر في الكتاب ، وأطلق الجواب إطلاقاً ، قالوا : إنما يضمن الراش إذا مر المار على الموضع الذي رش ، ولم يعلم بذلك ، بأن كان ليلاً ، أو كان المار أعمى ونحو ، ومات من ذلك ؛ لأنه سبب الإتلاف ، وهو متعد في التسبيب ؛ فإنه شغل الطريق بما ليس له حق الشغل ، وهو الماء ، فكان كما لو شغله بالحجر والخشب .

فأما إذا علم المار بالرش ومضى على الموضع الذي رش ومات ، فإن الراش لا يضمن ؛ لأن المار هو الذي خاطر بروحه لما علم بالرش ، وتعمد المشي عليه ، فكان مباشراً لإتلاف نفسه ، فكان كمن حفر بئراً على قارعة الطريق ، فإنسان وثب من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر خاطر بذلك ، فوقع في البئر فمات ، فإنه لا ضمان على الحافر ؛ لأنه مباشر للإتلاف نفسه بأمر هو محظور والحافر مسبب ، فكذلك هذا ، وكذا الجواب لو تعمد المرور على الخشبة الموضوعة أو على الحجر الموضوع فعثر به فمات فإنه لا ضمان على الواضع ؛ لأن المار مباشر للإتلاف نفسه بأمر محظور والواضع مسبب ، فكذلك هذا .

ومن مشايخنا من فصل الجواب بأمر آخر ، وقال : إذا رش فعثر به فمات ، فإنه لا ضمان على الراش ؛ لأنه لا ضرورة للمار في مروره على الموضع الذي رش ، فإذا مر مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء .

فأما إذا رش جميع الطريق حتى لم يجد المار موضعاً يابساً يمر عليه إذا مر في هذه الحالة وعثر به ومات ، فإنه يجب الضمان على الراش ؛ لأنه مضطر في المرور على المكان الذي رش .

وهكذا قالوا : أيضاً إذا مر على الخشبة الموضوعة على الطريق متعمداً إذا أخذت الخشبة الطريق كلها ، فمر عليها وعثر ، فإن واضع الخشبة يضمن ؛ لأنه مضطر في المرور عليها ؛ لما أخذ الطريق كلها ، فأما إذا أخذت بعض الطريق دون البعض فمر على الخشبة متعمداً لا يضمن واضع الخشبة ؛ لأنه تعمد المرور على الخشبة ، وهو غير مضطر في ذلك وهذا إذا رش وسط الطريق .

فأما إذا رش فناء حانوت بإذن صاحب الحانوت ، فعثر به إنسان فمات ، فالقياس

أن يكون الضمان على الراقي، وفي الاستحسان: أن يجب الضمان على الآمر صاحب الحانوت، وعلى قياس ما لو استأجر أجيرًا ليبني له دكانًا، فبنى حانوتًا، فتعقل به إنسان، فمات بعد فراغ الأجير من العمل، فالقياس أن يكون الضمان على الأجير، وفي الاستحسان: على الآمر، فهذا مثل ذلك. وإن كان الآمر أمره بالبناء في وسط الطريق، فتعقل به إنسان فمات، فالضمان على الأجير لا على الآمر قياسًا واستحسانًا، فكذلك هذا.

١٩٤٢٣ - وإذا أشرع الرجل جناحًا في الطريق الأعظم، ثم باع الدار، فأصاب الجناح رجلًا فقتله، فالضمان على البائع دون المشتري؛ لأن الجناية وجدت من البائع دون المشتري؛ لأن الجناية في هذا الباب في شغل طريق المسلمين بالجناح، وهذا الشغل وجد من البائع دون المشتري، وبأن باع الدار من غيره لم يزل الشغل، فبقيت جنايته على حالها، فكان بمنزلة من وضع حجرًا على الطريق أو خشبة، ثم باعها من غيره، ثم تعقل به إنسان كان الضمان على البائع؛ لأنه بالبيع لم يصر مفرغًا ما حصل به الشغل، فبقي جنايته على حالها. كذا هنا، وهذا بخلاف ما إذا أشهد على رجل في حائط مائل، فلم ينقض حتى باع الدار التي فيها ذلك الحائط، فقد برئ عن الضمان؛ لأن هناك ارتفع جناية البائع؛ لأن بناء الحائط نفسه ليس بجناية والميلان ليس بصنعه. وإنما الجناية ترك التفريغ عند اتصال التلف به مع القدرة على التفريغ، وبالبيع عجز عن التفريغ، فارتفعت الجناية، فلهذا افترقا.

فإن قيل: في مسألتنا كما أن البائع جان بالشغل، فالمشتري جان بترك التفريغ مع الإمكان.

قلنا: المشتري ليس بجان لا مباشرة ولا تسبيبًا، أما مباشرة فظاهر؛ لأنه لم يتصل فعله بالتلف، وأما تسببًا؛ لأنه لم يتصل بالتلف أثر فعله؛ لأنه لم يوجد من المشتري فعل إلا أنه صار تاركًا معروفًا، وهو تفريغ طريق المسلمين، لكن ترك المعروف لا يوجب الضمان كمن رأى أعمى يقع في البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى وقع فيها ومات، لا ضمان عليه، وإن ترك معروفًا كمن رأى إنسانًا يموت من الجوع، ومعه طعام، فلم يدفعه حتى مات لم يضمن، وإن ترك معروفًا وفرضًا، وكمن وضع حجرًا، فعثر به

إنسان، وأمكنه الدفع، كان عليه الدفع، فإن لم يفعل حتى تعلق به إنسان، لا ضمان عليه وإن تركه مربوطاً؛ لأنه لم يباشر الإتلاف، ولا سبب له، فكان هذا بخلاف البالوعة؛ لأنه مسبب، فإن اتصل بالتلف أثر فعله الذي كان متعدياً فيه، والمسبب متى تعدى فيه ضامن.

١٩٤٢٤- ومن أشرع ميزاباً في الطريق، فسقط، فأصاب إنساناً، فهذا على أربعة أوجه: إما إن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذي يلي الحائط، أو علم أنه أصابه الطرف الخارج من الحائط، أو أصابه الطرفان جميعاً، وعلم بذلك، أو لم يعلم أنه أصابه الطرف الداخل الذي يلي الحائط أو الطرف الخارج.

فإن علم أنه أصابه الطرف الداخل الذي يلي الحائط، فلا ضمان عليه، وإن كان مسبباً للإتلاف؛ لأنه غير متعد في التسبيب؛ لأن الطرف الذي يلي الحائط موضوع في ملكه، وله أن يضع في ملكه ما شاء، والمسبب للإتلاف إذا لم يكن متعدياً في التسبيب لا يضمن.

وإن أصابه الطرف الخارج ضمن؛ لأنه مسبب وهو متعد في التسبيب؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين بميزابه، فكان بمنزلة ما لو بنى حائطاً مائلاً إلى الطريق، فسقط على إنسان فمات، فإنه يضمن، كذا هنا.

وإن أصابه الطرفان جميعاً، وقد علم بذلك وجب نصف الضمان، وهدر النصف، وذلك لأن التلف حصل بجنايتين: إحداهما معتبرة والأخرى غير معتبرة، فيهدر النصف، ويعتبر النصف كما لو جرح نفسه، وجرحه رجل، أو جرحه إنسان، وجرحه عقرب أو سبع ومات، فهناك يهدر النصف ويعتبر النصف، كذا هنا.

وإن لم يعلم أي الطرفين أصابه ضمن النصف، وهدر النصف استحساناً؛ لأنا تيقنا أنه قتيل الطرفين إلا أنا لا ندري أي الطرفين أصابه، فيجعل كأنه أصابه الطرفان كما لو جرحه إنسان وسبع ومات، ضمن الرجل نصف الدية؛ لأنا نعلم أنه قتيل الجراحة إلا أنا لا ندري أنه قتيل أي جراحة، فجعلناه قتيل الجراحتين، كذا هنا.

١٩٤٢٥- وإذا أشرع من داره كنيفاً أو جناحاً إلى الطريق، فوقع، فعطب إنسان به بعد السقوط، فقد ذكرنا قبل هذا أنه يضمن، وهكذا ذكر في الزيادات أنه

يضمن، وذكر في "المنتقى": أنه لا يضمن.

قال في "المنتقى": وهو بمنزلة رجل وضع شيئًا في الطريق، فزال عن ذلك الموضع، فعطب به عاطب.

١٩٤٢٦- قال في "المنتقى": رجل أخرج من حائطه إفريزًا، والإفريز: القطعة من الشيء معزول عنه تقول: فرزت أي عزلت، والجواب فيه أنه إن كان كبيرًا ضمن ما أصاب ذلك، وإن كان صغيرًا يسيرًا لم يضمن، لو ضمن مهنا لضمن أن جصص الحائط، أو طينه من خارج.

وفيه أيضًا: عبد تاجر عليه دين، أو لا دين عليه أشرع كنيفًا من داره، فعطب به إنسان، فهو في رقبة العبد في قول أبي يوسف رحمه الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: إن فعل ذلك بإذن المولى، فالضمان على عاقلته، وإن فعل ذلك بغير إذن المولى، فالضمان في رقبة العبد، ولو كان حائط مائل في هذه الدار أشهد عليه، فهو على قول أبي يوسف رحمه الله في رقبة العبد، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله: هو على عاقلة المولى، وإن حفر العبد فيه أو بنى فيها بناء بإذن المولى، أو بغير إذن المولى، فعطب به إنسان، فلا شيء فيه، وإن فعل المولى ذلك بغير إذن العبد، فلا ضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هو ضامن في القياس، لكني أدع القياس ولا أضمنه، وكذلك الراهن إذا بنى في دار الرهن، أو حفر فيها بئرًا، أو ربط فيها دابة بغير أمر المرتهن، لم يضمن شيئًا.

١٩٤٢٧- وفيه أيضًا: إذا وقف دارًا على المساكين، فأخرجها من يده، ودفعها إلى رجل يجعل غلتها في المساكين، فأشهد على الوكيل في الحائط المائل منه، فسقط على إنسان، فالدية على عاقلة الواقف، فإن أشهد على الذي له الوقف يعني المساكين، فلا ضمان.

١٩٤٢٨- وفيه أيضًا: مسجد مال حائطه يشهد على صاحبه الذي بناه، فإذا لم يهدمه بعد الإشهاد، حتى سقط على إنسان، فالدية على عاقلته.

١٩٤٢٩- وفيه أيضًا: رجل ضرب إنسانًا، فسقط على الطريق ميتًا، ومعه مال،

فتوى: فالضارب يضمنه، وكذلك يضمن ثيابه التي عليه، وإن عطب إنسان بالمقتول أو بثيابه؛ فإن كان حين ضربه، سقط ميتًا، أو سقط حيًا، فلم يستطع أن يبرح حتى مات مكانه، فإن دية الثاني الذي عطب على عاقلة القاتل، وإن كان يقدر على أن يقوم، فلم يقم حتى مات مكانه، فكأنه جنى به المقتول.

١٩٤٣٠ - وفيه أيضًا: ولو أن رجلا مر في الطريق، فسقط ميتًا من غير جناية أحد، فعطب به إنسان لم يضمن، لا الميت ولا عاقلته، ولو سقط حيًا، ثم مات ضمن عاقلة من عطب به.

ومن هذا الجنس:

١٩٤٣١ - رجل يمشي في الطريق، فأدركه مرض، فوقع مغشيًا عليه، وأدركه ضعف[1]، فلم يقدر معه على المشي، فوقع على إنسان فقتله، أو وقع على الأرض حيًا، ثم مات، فعثر به إنسان، فالضمان واجب على عاقلته؛ لأنه وقع حيًا، ومثله يجني، فإن كان وقع على إنسان فقتله، فعليه الكفارة، ولا ميراث له منه، وإن كان وقع على الأرض، فعثر به عاثر، فلا كفارة فيه، ولا يحرم الميراث، وهذا كله قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

ومن هذا الجنس:

١٩٤٣٢ - رجل عثر في الطريق بحجر، لم يضعه أحد فيه، أو بحجر سقط من حائط، لم يشهد على صاحبه فيه، أو عثر بقميصه، فتعقل به، فسقط على إنسان، أو سقط ميتًا، فعثر به عاثر، فضمان ذلك على العاثر الأول، ويجعل كأنه قتل نفسه في الطريق، فيضمن من عثر به ومن عثر بمن عثر به، وهذه المسألة تخالف المسألة المتقدمة فيما إذا وقع على الأرض ميتًا.

١٩٤٣٣ - وفي "المنتقى": عمرو بن أبي عمرو عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم

---

(١) وكان في ط: "عطب".

الفقه: رجل يمشي في الطريق، وعليه شيء هو لابسه مما يلبسه الناس، فعطب به إنسان. أو وقع على إنسان، أو وقع في الطريق، فعثر به إنسان، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك، وإن كان لبس من ذلك ما لا يلبسه الناس، فهو بمنزلة الحامل له، ويضمن ما عطب به. ولو كان يمشي في الطريق، فأدركته ميتة، فوقع ميتا على رجل، فقتله، أو وقع ميتا على الطريق، فعثر به عاثر، فلا ضمان.

قال: ولا يشبه هذا واللباس بما سواهما يريد بقوله ما سواهما أن يحمل شيئا في الطريق، فسقط منه، فعطب به إنسان، فإنه ضامن، وكذلك إذا وضع شيئا في الطريق، فعطب به ضمن، وأوضح ديته على العاقلة، وأشار إلى الفرق، فقال: لأن له أن يمشي في الطريق واللباس لا بد منه، وأما ما يحمله في الطريق وإن كان له أن يحمله فإنما له ذلك على أنه إن سقط وأهلك شيئا يضمن.

وكذلك الرجل يسوق الدابة ويقودها وهو راكب عليها، فسقط منها بعض أداتها من سرج أو لجام، أو ما أشبه ذلك على إنسان وقتله، أو سقطت أداتها على الطريق، أو سقط بعض أداتها على الطريق، فعثر به إنسان ومات، فالسائق والقائد والراكب ضامنون لذلك.

١٩٤٣٤ - سئل محمد رحمه الله عن رجل صب ماء في الطريق، فسقط الماء ثم جمد، فزلق الإنسان بذلك الجمد، قال: الذي صب الماء ضامن له، وكذلك لو ذهب الجمد بعد ذلك، فزلق به إنسان، أو كان ألقاه في الطريق وهو جمد، ثم ذاب فزلق إنسان.

١٩٤٣٥ - وإذا ضرب الرجل فسطاطا في طريق مكة، أو في طريق آخر مثل طريق مكة، فعطب به إنسان، فإن كان فعل ذلك على المحجة، حيث يمر الناس والدواب، فهو ضامن، وإن فعله يمنة أو يسرة من الطريق حيث لا يمر الناس، فلا ضمان، والله أعلم.

١٩٤٣٦ - رجل وضع جرة في الطريق، وفيها زيت، أو ليس فيها شيء، ورجل آخر وضع جرة أخرى في الطريق أيضا، فتدحرجت إحداهما، فأصابت الأخرى، فانكسرتا، قال: ضمن صاحب الجرة التي تدحرجت قيمة الجرة الأخرى، ومثل الزيت

الذي ضمنا ؛ لأن القائمة التي وضعها صاحبها ، لم يكن لصاحبها أن يضعها في الطريق ، فصار جانيًا بالوضع ، وهي في المكان الذي وضعها فيه ، فهي كحجر وضعه في الطريق ، فعطب به إنسان ، وهناك يجب الضمان ، فههنا كذلك .

وأما صاحب الجرة التي تدحرجت لا يضمن شيئًا ؛ لأنه لما زالت الجرة عن الموضع الذي وضعها فيه خرج فعله من البين ، فخرج من الضمان ذكر المسألة في "نوادر ابن رستم" في آخر الجنايات ، وسيأتي بعد هذا رواية أبي يوسف رحمه الله بخلاف هذا ، ولو تدحرجتا لا ضمان على واحد منهما ، ولو مالت إحداهما ، فضربت على الأخرى من غير أن يزول عن موضعها الذي وضعها فيه ، فانكسرتا أو انكسرت المائلة أو القائمة ، فعلى كل واحد منهما ضمان ما انكسر بجرته ؛ لأنهما لما لم تزل عن ذلك الموضع بقي مضافًا إلى فعل الواضع .

حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي : أن الجرتين إذا كانتا على طريق الجادة ، فكل واحد منهما ضامن من قيمة جرة صاحبه في الأحوال كلها إذا تدحرجت إحداهما ، فصدمت الأخرى فانكسرتا .

أما إذا اغترف أحدهما من الحوض بجرته ، ووضعها على الشط ، ثم جاء آخر ، فاغترف بجرته ، فوضعها على الشط ، فتدحرجت الأخيرة ، فصدمت الأولى فانكسرتا .

قال بعض الناس : الضمان على صاحب الأخيرة

وقال بعضهم : كل واحد ضامن من قيمة جرة صاحبه .

وقال بعضهم : الضمان على صاحب الجرة القائمة على كل حال .

والأصل في جنس هذه المسائل : أن من وضع شيئًا في مكان ، فعطب به شيء ، إن كان له حق الوضع في ذلك المكان لا يضمن الواضع ما عطب به سواء عطب به ، وهو في ذلك المكان بعد ، أو عطب به بعد ما زال عن ذلك المكان ، وإن لم يكن له حق الوضع في ذلك المكان إن عطب به وهو في ذلك المكان يضمن ، وإن عطب به بعد ما زال عن ذلك المكان ، إن كان الزوال بمزيل كما لو كان وضع حجرًا ، فذهبت به الريح ، فأصاب شيئًا فكسره ، أو سال الماء ، ورفع الحجر ، فأصاب شيئًا فكسره ، فلا ضمان ؛ لأن جنايته

قد زالت بالماء والريح، وإن كان الزوال لا يزيل كما في الجرة، إذا تدحرجت، فثمة اختلاف بين المتقدمين والمتأخرين، أما اختلاف المتأخرين ما ذكرنا، وأما اختلاف المتقدمين: فقد ذكر البقالي: إذا وضعا جرتين على الطريق، فتدحرجت إحداهما على الأخرى فانكسرتا، ضمنا عند أبي يوسف رحمه الله، وعن[1] محمد رحمه الله: أنه يضمن صاحب القائمة لا غير.

وعن القاضي الموصلي قال: سئل عمن وضع جرة في الطريق، فجاء آخر، فوضع أخرى، فسال من الأولى، فابتل المكان، فوقعت على الأخرى فكسرتها، فقلت: لا أدري، ثم سألت محمداً رحمه الله، فقال: لا أدري، ثم قال: لا يضمن، ولو وقعت الأولى على الأخرى، ضمن صاحبها.

١٩٤٣٧ - وضع شيئاً على الطريق، فنفرت منه دابة، فقتلت رجلا، فلا ضمان على الواضع إن لم يصبها ذلك الشيء، وكذا الحائط المائل إذا تقدم إلى صاحبه، فسقط على الأرض، فنفرت منه دابة، وقتلت إنساناً، لا ضمان عليه، إنما يضمن صاحب الحائط، والواضع في الطريق إذا أصاب الحائط شيئاً فأتلفه، أو أصاب الواضع شيئاً فأتلفه.

١٩٤٣٨ - ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الجنايات: في باب الحفر لكل صاحب الدار الانتفاع بفناء داره ما ليس لغيره من إلقاء الثلج، والطين، والحطب، وربط الدواب، والقعود، وبناء الدكان، والتنور، ولكن بشرط السلامة، والجواب في الانتفاع بفناء الدار من إلقاء الثلج والطين والحطب وربط الدواب، كما ذكر هنا صحيح.

أما في بناء الدكان والتنور: فعلى التفصيل إن كانت السكة نافذة، فالجواب هكذا، وإن كانت غير نافذة، فليس لأحد من أهل السكة أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً، أو يبني فيها شيئاً إلا بإذن جميع أهل تلك السكة؛ لأن مثل هذه السكة تكون ملكاً لأهلها عادة، فتكون مشتركة بينهم على هذا التقدير، فلا ينفرد واحد منهم بالتصرف فيها، هكذا ذكر في "الجامع الصغير" في كتاب الجنايات.

---

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل "عند" مكان "عن".

وأما الكلام في الهلاك بالثلج المرمي بأن زلق به إنسان، أو دابة، فقد ذكر محمد رحمه الله في آخر جنايات "كتاب العيون"، وفصل الجواب أيضًا، وقال: إن كانت السكة غير نافذة، فلا ضمان على الرامي، وإن كانت نافذة يضمن الذي رمى بالثلج جعله مقيدًا بشرط السلامة، وهذا لأن السكة إذا لم تكن نافذة، فهي مختص لهم، فلم يكونوا متعدين، وإذا كانت نافذة، ففيها حق العامة، فكانوا متعدين في رمي الثلج.

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وهذا الذي ذكره محمد رحمه الله جواب القياس، ونحن نستحسن، ونقول: لا يجب الضمان عليهم سواء كانت السكة نافذة أو غير نافذة؛ لأن فيه عموم البلوى، وإنما أجاب محمد رحمه الله بالضمان في السكة النافذة؛ لأنه لم يكن عندهم في الثلج بلوى عامة[1]؛ لأن الثلج يقل في بلادهم، وأما البلوى في إلقاء الطين وربط الدابة، ووضع الحطب، فلا يتفاوت بين بلد وبلد، فلا يتأتى فيه الاستحسان الذي قال الفقيه أبو الليث رحمه الله، فيكون الجواب فيه على القياس كما ذكره محمد رحمه الله في "الجامع الصغير".

وفي "العيون": أنه يكون مقيدًا بشرط السلامة.

وبعض مشايخ زماننا قالوا: إن فعلوا ذلك بإذن الإمام، أو كانت[2] السكة بحال يلحقهم حرج عظيم بنقل الثلج حتى عرف الإذن بإلقاء الثلج، وتركه دلالة، فالجواب كما قال الفقيه أبو الليث، وإلا فالجواب كما ذكره محمد رحمه الله.

ويؤيد هذا ما حكي عن الفقيه أبي القاسم: أنه سئل عن بلدة ذات ثلج، وربما يكثر الطين في الطريق، فيلقي كل واحد بفناء داره، أو قرب داره حجرًا، فتعقل به إنسان قال: أحب إلي أن يكون ذلك بإذن الإمام، وإن فعل ذلك بغير إذن الإمام، فالقياس أن يجب الضمان.

١٩٤٣٩- عبد لرجل نام[3] في طريق المسلمين، أو قعد، ثم أعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان ومات، فالضمان على عاقلة المولى؛ لأن النوم مستدام، والقعود كذلك،

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في غيره: "عامًا" مكان "عامة".

(٢) هكذا في الأصل، وكان في ظ وب وم: "كان" مكان "كانت".

(٣) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "قائم".

فيفسخ به حكم فعل الرامي، فيكون موجب الجناية عليه، فيبقى الفعل منه جناية معتبرة، حتى لو كان العبد مع القماط يقدر على الذهاب، ثم أعتقه مولاه، فلم يذهب حتى عثر به إنسان كان أرش الجناية على مولاه، ويجعل مقامه في ذلك المكان مع القدرة على الذهاب جناية مبتدأة منه كأنه أنشأ القعود بعد العتق، فيفسخ حكم فعل الرامي، ولو كان أجلس العبد في الطريق من غير رباط ولا قماط، ثم أعتقه مولاه، فلم يبرح عن مكانه حتى عثر به إنسان وجب أرش الجناية على مولاه؛ لأنه مختار في المقام في ذلك المكان، فيجعل دوامه عليه بمنزلة ابتداء الجلوس بعد العتق، فيفسخ فيه حكم فعل من أجلسه.

١٩٤٤١ - وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله: رجل وضع جرة على طريق، فدحرجتها الريح، ونحتها عن موضعها، فعطب بها إنسان لم يضمن، ولو تدحرجت الجرة بنفسها من غير أن دحرجتها الريح، فعطب بها إنسان يضمن، وهذه الرواية تخالف رواية ابن رستم التي تقدم ذكرها.

الفصل الخامس عشر

في مسائل المسجد وبناء القنطرة وحفر البئر

١٩٤٤٢ - قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير : في المسجد يكون للعشيرة ، فيجيء رجل من العشيرة ، فيعلق به قنديلاً أو يبسط فيه بواري أو حصباء ، فعطب به إنسان لا شيء عليه ، وإن كان الجاعل[1] من غير العشيرة ضمن ذلك كله ، هذا هو لفظ الكتاب .

وفي الأصل يقول : وإذا احتفر أهل المسجد في مسجدهم بئراً لماء المطر ، أو علقوا فيه قناديل ، أو وضعوا فيه حباً يصب فيه الماء ، أو طرحوا فيه حصباً ، أو ركبوا فيه باباً ، أو طرحوا فيه بواري أو ظللوه ، فلا ضمان عليهم فيما عطب بذلك ، وذلك لأنهم مسببون ، وهم غير متعدين في التسبب فلا يضمنون ما تولد منه قياساً على ما لو أحدثوا ذلك في أملاكهم ، وإنما قلنا : إنهم غير متعدين في التسبب ، وذلك لأن تدبير المسجد فيما يرجع إلى عمارة المسجد ومصالحه إلى أهل المحلة ، ولهذا قالوا : لو وجد في هذا المسجد قتيل ، فإن الدية والقسامة على أهل المحلة ، لأن المسجد تحت رأيهم وتدبيرهم ، ولهذا كان نصب المؤذن والإمام إلى أهل المحلة دون غيرهم ، ولهذا قالوا : بأن غير أهل المحلة إذا صلوا بجماعة كان لأهل المحلة أن يعيدوه ، ولو صلى أهل المحلة لا يكون لغيرهم أن يصلوا ثانياً بجماعة ، وإذا كان الرأي والتدبير فيما يتصل بعمارة المسجد إلى أهل المسجد صاروا بمنزلة الملاك في حق المسجد فيما يتصل بعمارة المسجد ، والمالك إذا أحدث في ملكه شيئاً من هذا لم يكن متعدياً ، فكذلك هنا .

وأما إذا أحدث هذه الأشياء غير أهل المحلة فعطب به إنسان فهذا على وجهين : إما إن أحدثوا ذلك بإذن أهل المحلة ، أو بغير إذنهم ، فإن فعلوا ذلك بإذنهم لم يكن عليهم في ذلك ضمان ؛ لأن فعل غيرهم بإذنهم كفعل أهل المحلة لأنفسهم ، ألا ترى أن من حفر بئراً في طريق المسلمين بإذن الإمام ، فوقع فيها إنسان لم يضمن كما لو حفر

(١) هكذا في ظ ، وكذا في فتاوى ... الجاني ، وكذا في الأصل : الجاني

الإمام بنفسه، أما إذا فعلوا ذلك بغير إذن أهل المحلة إن أحدثوا بناء، أو حفروا بئراً، فعطب فيها إنسان، فإنهم يضمنون بالإجماع؛ لما ذكرنا أن أهل المحلة في حق المسجد بمنزلة الملاك، فيكون غير أهل المحلة بمنزلة الأجانب منه، والأجنبي لو أحدث شيئاً من هذا في ملك غيره بغير أمره كان ضامناً، فكذلك هنا

فأما إذا وضعوا حُبّاً ليشرب منه الماء، أو بسطوا حصيراً، أو بواري، أو علقوا قناديل بغير إذن أهل المحلة، فتعقل[1] إنسان بالحصير فعطب، أو وقع القنديل، أو أحرق ثوب إنسان، أو أفسده قال أبو حنيفة رحمه الله: بأنهم يضمنون، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمنون، وذهبا في ذلك إلى أن هذا فعل يستحق به الثواب، وما يستحق به الثواب لا يجوز أن يتعلق به الضمان، ولأن الناس في الصلاة في المساجد شرعاً على السواء، وبسط الحصير وتعليق القناديل، ووضع الحب للماء من توابع الصلاة محتاج إليها لأجل الصلاة، ثم أهل المسجد لا يضمنون بهذه الأشياء، فكذا غيرهم بخلاف البئر والبناء؛ لأنه لا يحتاج إليهما لأجل الصلاة، فلم يكونا من توابع الصلاة.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: فعل ما ليس يملك له، ولا هو داخل تحت ولايته، فيضمن ما تلف به كما لو حفر بئراً لمصالح المسجد، وإنما قلنا: ذلك لأن التدبير والرأي في مصالح المسجد للعشيرة لا لغيرهم، ألا ترى أن غير أهل المسجد لو فعل شيئاً من ذلك كان لأهل المسجد أن يمنعوه عنه.

وما قالا: إن هذا فعل يستحق به الثواب.

قلنا: لو قال: قائل لا يستحق به الثواب على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبعد على أن هذا يشكل بما إذا وقف إنسان في الطريق لإماطة الأذى عن الطريق أو لدفع الظلم عن غيره فعطب به إنسان يضمن وإن كان يستحق به الثواب، وما يقولان: بأن الناس في الصلاة في المساجد سواء شرعاً، قلنا: ليس كذلك، ألا ترى أن أهل المسجد لو صلوا فيه بجماعة لا يكون لغيرهم أن يصلوا فيه بجماعة، ولو كانوا في الصلاة سواء لم يكونوا في هذه الأشياء على السواء

---

(١) وكان في "ظ": تعلق.

قوله : هذه الأسباب من توابع الصلاة ، فإنما يشكل بحفر البئر ونصب المؤذن ، فإن ذلك لأهل المسجد لا لغيرهم ، وليس ذلك من توابع الصلاة .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة ، وعليه الفتوى .

وفي المنتقى : رواية مجهولة ، إذا فرش الرجل فراشاً في المسجد ونام عليه ، فعثر رجل بالنائم ، فلا ضمان ، ولو عثر بالفراش ، فهو ضامن ، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله عن أبي حنيفة رحمه الله مسألة العثر بالنائم بخلاف هذا .

١٩٤٤٣ - وفيه أيضاً رواية مجهولة : إذا بنى مسجداً في طريق المسلمين بغير أمر السلطان ، فعطب الرجل بحائطه ، فهو ضامن في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وكذلك قول أبي يوسف رحمه الله إذا كان في طريق الأمصار حيث يكون تضييقاً وإضراراً ، وإن كان في الصحراء بحيث لا يضر بالطريق عبوره في أفنية القرى ، فلا ضمان عليه استحساناً .

وقال أبو يوسف رحمه الله : لو أن رجلاً أخرج من داره مسجداً أو بنى كان لأهل الناس من أهل المحلة وغيرهم بإصلاحه وإلقاء بواريه والإسراج ، وليس لأحد أن يشرك فيه[1] إلا بإذنه .

وعن أبي يوسف رحمه الله أيضاً : برواية بشر عن أبي حنيفة رحمه الله لأهل المسجد أن يهدموا مسجدهم ، ويجددوا بناءه وليس لغيره أن يفعل ذلك إلا برضاهم .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : أكثر مشايخنا أخذوا بقوله في هذه المسألة ، وعليه الفتوى .

١٩٤٤٤ - قال فيه أيضاً : إذا قعد الرجل في المسجد لحديث ، أو نام فيه ، أو قام فيه لغير الصلاة ، أو مر فيه مر لحاجة من الحوائج ، فعثر به إنسان ، ومات قال أبو حنيفة رحمه الله : إنه ضامن ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إنه لا ضمان عليه إلا أن يمشي فيها على إنسان .

-----

[1] هكذا في ظ ، وهو وكذا في الأصل : أن يشترك فيه

ما لو حفر بئرًا في المفازة التي تمشيت بها الناس، وذلك لأنه أقام حسبة ولم يفوت حقًا على غيره؛ لأن الانتفاع بالأرض الموات حاصل بإذن الإمام، وهو قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا مواتًا»[2]، فهي له إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: فهي له منفعة لا رقبة، وهما يقولان: منفعة ورقبة، وإذا كان كذلك فيما صنع لم يفوت حقًا على الإمام، فأما في مسألتنا هذه لم يرد الإذن من الشرع بنصب القناطر على النهر العام، إنما ورد في الانتفاع بالأرض الموات، والأرض الموات ما انقطع عنه منفعة الناس، فأما ما كان منتفعًا به لا يكون مواتًا، فيكون نصب القنطرة حاصلًا بغير إذن الإمام، والتقريب ما ذكرنا.

١٩٤٤٧ - وإذا حفر الرجل بئرًا في طريق المسلمين في غير فنائه، فوقع فيها إنسان، ومات من الوقوع أجمعوا على أنه لا قصاص على الحافر، وأجمعوا على أنه تجب الدية على عاقلته ولا تجب عليه الكفارة، ولا يحرم عن الميراث عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله، والقياس أن لا تجب الدية أيضًا كما لا تجب الكفارة ولا يحرم عن الميراث؛ لأن هذه الأحكام علقت بالقتل شرعًا، أما الدية والكفارة فقال الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾

وأما حرمان الإرث فقال عليه السلام: «لا يرث القاتل بعد صاحب البقرة»[3]،

(١) هكذا في ظ و ب، وكان في الأصل و م: أمينة.

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" ٢/ ٨٢٣ تعليقًا، والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٤٠٤، وابن سعد في "الطبقات" ١/ ٢٨٤، وفي ٣/ ٤٠٤ أيضًا، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٤/ ١٥٧، وابن حجر في "الفتح" ٥/ ١٨-١٩، وفي "الإصابة" ٦/ ١٢٧، وهذا حديث أخرجه أيضًا ابن حبان في "صحيحه" ١١/ ٦١٤ حديث (٥٢٠٢) و١١/ ٦١٤ حديث (٥٢٠٣)، والضياء في "الأحاديث المختارة" ٣/ ٢٦٧ حديث (١٠٩٦-١٠٩٨)، والبيهقي في "الكبرى" ٦/ ٩٩ حديث (١١٥٣٤)، والدارقطني في "سننه" ٣/ ٣٥ حديث (١٤٤)، والشافعي في "مسنده" ١/ ٢٢١، وأبو داود في "سننه" ٣/ ١٧٨، والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٤٠٤ حديث (٥٧٦٥)، والبزار في "مسنده" ٤/ ٨٦ حديث (١٢٥٥)، والطبراني في "الأوسط" ١/ ١٩٠ حديث (٦٠٩)، وأحمد في "مسنده" ٣/ ٣٠٤ حديث (١٤٣١٠).

(٣) أخرجه الدارمي في "سننه" ٢/ ٤٧٩، ٤٧٨ حديث (٣٠٨٠ و٣٠٨٦)، وأحمد في "مسنده" ١/ ٤٩ حديث (٣٤٦)، والربيع في "مسنده" ١/ ٢٦٦ حديث (٦٦٨)، والدارقطني ٤/ ١٢٠ حديث (٣)، والبيهقي ٨/ ١٣٣ تعليقًا، وفي ٦/ ٢٢٠ حديث (١٢٠٢٥)، وابن عبد البر في "التمهيد" ٢٣/ ٤٤٥

في البئر غمًا أو جوعًا هل يضمن الحافر ، لم يذكر محمد رحمه الله هذا في الكتاب .

قالوا : وقد ذكر أبو يوسف رحمه الله في الأمالي خلافًا ، فقال : على قول أبي حنيفة رحمه الله : لا يضمن الحافر مات غمًا أو جوعًا .

وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعًا ، فالجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله ، فأما إذا مات غمًا ، فإنه يضمن الحافر . وذهب في ذلك إلى أن الغم إنما لحقه بسبب ضيق المكان وظلمته ، وضيق المكان ، وظلمته حصلت بسبب الحفر ، فما لحقه من الغم يكون مضافًا إلى الحفر أيضًا ، ألا ترى أن شراء القريب جعل عتقًا والعتق يثبت بالملك ؛ لأن الملك يثبت بالشراء ، فما يثبت به من العتق يكون مضافًا إلى الشراء ، فكذلك هذا بخلاف الجوع ، فإنه ما لحقه بسبب ضيق المكان وظلمته ، ألا ترى أنه يلحقه ذلك وإن لم يكن المكان ضيقًا ولا مظلمًا ، إنما لحقه من جهته لا من جهة الحافر .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : هب ما كان لحقه من الغم مضافًا إلى الحافر إلا أن هذا لا يكفي لوجوب الضمان إذا لم يؤثر الوقوع فيه أثرًا كما لو حبس رجلًا في البئر حتى مات غمًا ، فإنه لا ضمان عليه ، فكذلك هنا بخلاف ما لو مات من الوقوع في البئر أو جرحه ؛ لأن أثر فعله وهو الحفر أثر في النفس الواقع ، بخلاف ما نحن فيه .

ثم هذا إذا كان الحفر من الحافر في طريق المسلمين ، وأما إذا كان الحفر في فناء داره فوقع فيها إنسان فمات هل يضمن ؟ إن كان الفناء لغيره يكون ضامنًا ؛ لأن فناء الغير في حق الحافر ووسط الطريق سواء ، فأما إذا حفر في فناء داره إن كان الفناء مملوكًا له ، أو كان له حق الحفر في القديم ، فكذا الجواب لا يضمن وإن كان سببًا ؛ لأنه غير متعد في التسبيب وإن لم يكن له ملكًا ، ولكن كان لجماعة المسلمين أو مشتركًا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمن ؛ لأنه سبب للإتلاف وهو متعد ، فيضمن ما تولد منه .

قال في المنتقى : فناء دار الرجل ما كانت داره يحتاج إليه ، وإن[1] كان في عرض سكته ، أو أعرض عنها ، وإذا أمر رجل رجلًا أن يحفر له بئرًا في أصل حائط حجرة وفنائه فهذا كله فناء الآمر ، وفناء جاره الذي هو فناء له ، فهو فناؤهما ، وإن كانت السكة عريضة جدًا ، فأمر بالحفر في موضع ليس للدار فيه منفعة ، ولا تحتاج إليه الدار ،

(١) هكذا في م وف ، وكان في الأصل وم : "أو مكان" أو

فهذا ليس نظيره.

١٩٤٤٨ - وإذا أوقع إنسان نفسه في البئر، فلا ضمان على الحافر، وكان يجب أن يضمن الحافر النصف ويهدر النصف؛ لأن الواقع كما هو دافع[1] في البئر نفسه فالحافر دافع له أيضًا، فإنه لولا حفره كان لا يقع في البئر، فيكون وقوع الواقع مضافًا إليه وإلى الحافر إلا أن ما تلف بجناية الحافر يكون مضمونًا على الحافر، وما تلف بجناية الواقع على نفسه، يكون هدرًا إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت: إن الواقع دافع نفسه، والحافر دافع نفسه أيضًا إلا أن الحافر واقع نفسه من حيث التسبب؛ لأن المتصل بالواقع من الحافر أثر فعله وهو العمق، والواقع مباشر في دفع نفسه؛ لأن المتصل بالواقع من نفسه حقيقة فعله لا أثر فعله، والأصل أن المباشر والمسبب متى اجتمعا، وكل واحد منهما متعد، فالضمان على المباشر إذا كان التسبيب بحال لا يعمل في الإتلاف إلا بالمباشرة كما في الممسك مع القاتل بخلاف السائق مع الراكب، فإنهما يشتركان فيما وطئت الدابة.

وإن كان الراكب مباشرًا لذلك والسائق سببًا[2]؛ لأن السوق مما يعمل في الإتلاف بدون الراكب، فأما العمق الحاصل من أثر فعل الحافر لا يوجب الإتلاف إلا بالمباشر بأن يمشي عليه إنسان، وهذا بخلاف ما إذا كان الواقع لا يعلم بالبئر، فإن التلف يضاف إلى الحافر، وإن كان الحافر مسببًا والواقع مباشرًا للإتلاف، وذلك لأن المباشر هناك غير متعد، ولأنه إنما وقع في البئر بسبب المشي، والمشي في الطريق مباح له والحافر متعد، فكان إضافة التلف إلى المتعدي حتى لا يهدر دم الواقع أولى من إضافة التلف إلى المباشر، وفيه هدر دم ولم يوجد منه تعد، بخلاف ما إذا كان يعلم بالبئر؛ لأن الواقع مباشر وإنه متعد، والحافر وإن كان متعديًا إلا أنه مسبب، ولما استويا في التعدي كان إضافة التلف بعد هذا إلى المباشر، والحفر إنما عمل في الإتلاف، فالمباشر أولى من إضافته إلى الحفر.

١٩٤٤٩ - وإذا حفر الرجل بئرًا في طريق المسلمين، ثم جاء آخر، فحفر طائفة في

---

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها «واقع».

(٢) وفي الأصل: «سببًا».

أسفلها، ثم وقع فيها إنسان ومات فإنه في القياس ينبغي أن يضمن الأول، وبه نأخذ، فقد تبين بما ذكر[1] أن القياس أن يضمن أن هنا وجه استحسان، ولم يذكر جواب الاستحسان.

واختلف المشايخ فيه: منهم من قال: جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الأول والثاني، ووجهه أن الواقع إنما مات من جنايتهما، فإن الأول بالحفر دافع له، والثاني إن لم يكن دافعًا له إلا أنه لو لم يشغل حتى لا يموت، فيكون موت الواقع مضافًا إلى حفرهما، فيكون الضمان عليهما نصفان كرجلين جرحا رجلاً جراحة، ومات المجروح من ذلك، كان الضمان على الجارحين نصفان، كذا هنا.

ومنهم من قال: جواب الاستحسان: أن يكون الضمان على الثاني خاصة، ووجهه أن التلف حصل بتعميق الثاني إلا أن أصحابنا أخذوا بالقياس لقوة وجهه، بيانه أن الحافر الأول دافع له بالحفر، فيعتبر بما لو أخذه بيده ودفعه في البئر، وأوقعه في البئر حتى مات.

ولو كان كذلك فإن الضمان يجب على الدافع، وإن كان لولا تعميق الثاني حتى لا يموت الواقع، كذا هنا، وكان كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان ووضع في البئر سلاحًا، ثم جاء إنسان، ووقع على السلاح، ومات من ذلك، فإن الضمان على الحافر، وإن كان لولا وضع السلاح في البئر كان لا يموت الواقع؛ لأن الحافر دافع للواقع بالحفر، فكان بمنزلة ما لو أخذه بيده ودفعه، وأوقعه على السلاح حتى مات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع، كذا ههنا.

ولو جاء آخر، ووسع رأسها، فوقع إنسان، فمات كان الضمان عليهما نصفان، هكذا ذكر في الكتاب، وأطلقوا الجواب إطلاقًا، وقد حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه كان يفصل الجواب في ذلك تفصيلاً، فيقول: إن وسع الثاني توسيعًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لاقى الحفرين جميعًا فالضمان عليهما نصفان كما ذكره في الكتاب؛ لأن قدم الواقع إذا لاقى الحفرين جميعًا صار الثاني مع الأول دافعين للواقع بالحفر فيكون الضمان عليهما نصفان كما لو أخذه بيده وأوقعاه في

---

(١) في الأصل: ذكرنا.

البئر .

فأما إذا وسع الثاني شيئًا يسيرًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لا يلاقي في موضع حفر الثاني ، وإنما يلاقي حفر الأول ، فالضمان على الأول دون الثاني ؛ لأن وضع القدم إذا لم يلاق حفر الثاني ، وإنما لاقى حفر الأول ، كان الدافع له الأول دون الثاني ، فيجب الضمان على الأول ، وإن وسع الثاني توسيعًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع لم يلاق حفر الأول وإنما لاقى حفر الثاني ، فالضمان على الثاني كأن الثاني كان هو الدافع للواقع دون الأول ، وإن كان التوسيع بحيث يجوز أن يكون وضع القدم ملاقيًا للحفرين ، ويجوز أن لا يكون ، فالضمان عليهما نصفان كما في مسألة الميراث ، وكان يفصل الجواب على هذا التفصيل .

وحكي عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي : أنه كان يقول : إن وسعها بحيث لا يسع في موضع توسعة القدم ، فجاء رجل ووضع قدمه في وسط البئر وسقط ، فالضمان على الأول ؛ لأن وضع القدم حصل في موضع جناية الأول ، وإن وضع قدمه في جانب البئر ، فالضمان عليهما نصفان ؛ لأن وضع القدم حصل في موضع جنايتهما لما كان موضع التوسيع لا يسع لوضع القدم ، وإن وسعه بقدر ما يسع فيه القدم ، فإن وضع هذا الرجل قدمه في وسط البئر ، فالضمان على الأول ، وإن وضع قدمه في جانب البئر ، فالضمان على الثاني خاصة ؛ لأن وضع القدم حصل في موضع جناية الثاني ؛ لما كان موضع التوسيع يسع لقدمه ، فإن كان لا يدري ، فالضمان عليهما نصفان .

١٩٤٥٠ - ولو أن رجلا حفر بئرًا في طريق المسلمين ، ثم سدها كلها بتراب أو طين أو جص ، فجاء آخر ، فاحتفرها ، فوقع إنسان فيه ، فمات كان الضمان على الثاني ؛ وذلك لأن الأول كبس البئر كما يكبس به البئر ، فإنه كبسها بما هو من جنس الأرض ، فزال جناية الأول بالكبس ، وعاد البئر أرضًا كما كان قبل حفر الأول ، فصار حفر الأول وجوده وعدمه بمنزلة ، ولو عدم الحفر من الأول حتى حفر الثاني كان الضمان على الثاني ، كذا هنا ، وكان بمنزلة من وضع حجرًا على قارعة الطريق ، فجاء إنسان ، ونحاه عن ذلك الموضع ، ثم تعقل به إنسان كان الضمان على الثاني ؛ لأن جناية الأول

قد زالت؛ لأن جناية الأول كانت بمعنى التغرير بالمشي، وقد زال ذلك لشغل مكانه الثاني، فوجب الضمان على الثاني، فكذلك هذا.

وأما إذا كبسها بحنطة أو متاع أو بشيء، لا يكبس به الآبار، ثم جاء إنسان، ورفع ذلك، ثم وقع فيه إنسان، فالضمان على الأول. وذلك لأن الحافر الأول إذا كبس البئر بما لا يكبس به الآبار لم تزل جنايته بهذا الكبس؛ لأن جنايته كان حفر البئر، واسم البئر على حاله بعد ما كبسه بالطعام والمتاع، ألا ترى أنه يقال: بئر مملوءة من طعام، وإذا بقي الاسم على حاله بقي الحكم المتعلق به، إلا أن كبسه بالحنطة والمتاع مع بقاء اسم البئر على حاله كان مانعًا من السقوط بعد وجود علة الإتلاف، وهو حفر البئر، فإذا جاء الآخر، ورفع ذلك، فقد أزال المانع من العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى زوال المانع من العلة، ألا ترى أنه من رمى سهمًا إلى إنسان، وعلى المرمي إليه ترس، فجاء إنسان آخر، ونزع الترس منه حتى أصابه السهم ومات، فالضمان على الرامي، ولم يكن على الذي نزع الترس ضمان؛ لأنه أزال المانع من التلف(١)، ولم يحدث علة التلف، فكان الضمان على الرامي، وكشهود الشرط في باب العتاق إذا رجعوا على الأثر لا يضمنون؛ لأنهم أزالوا المانع من علة التلف، ولم يثبتوا علة التلف، فلم يضمنوا. فكذلك هذا وبيانه: إذا سد رأسها واستوثقها، فجاء إنسان، وفتح ذلك، كان الضمان على الأول؛ لأن جنايته الأول باقية على حالها، فإنه كان جانيًا بحفر البئر، والبئر باق بعد سد الرأس، فتكون الجناية على حالها إلا أن سد الرأس كان مانعًا من أن يعمل العلة عملها في الإتلاف، فالثاني أزال المانع من التلف، ولم يحدث علة التلف، وقد ذكرنا أن الحكم يضاف إلى العلة، ولا يضاف إلى زوال المانع.

١٤٤٩٥ - ولو تعثر رجل بحجر، فسقط في بئر قد حفرها رجل، كان الضمان على الذي وضع الحجر، وإن حصل التلف من الأمرين جميعًا؛ لأن واضع الحجر صار دافعًا للواقع بوضع الحجر، فصار كأنه أخذه بيده، ودفعه حتى ألقاه في البئر فمات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع، فكذلك هذا إذا وضع الحجر واضع، وأما إذا لم يضعه أحد، ولكن كان الحجر راسخًا، فتعقل به إنسان ووقع في البئر ومات،

(١) وفي نسخة: [illegible].

فالضمان على الحافر ؛ لأن الحجر وإن صار دافعًا للواقع ، وإنه بمنزلة المباشر ، والحافر مسبب إلا أن المباشرة مما لا توصف بالتعدي ، فإن الحجر لا يوصف بالتعدي ، فيجب الضمان على الحافر ؛ لأنه متعد في التسبيب ، فكان بمنزلة الماشي إذا وقع في البئر ، ولم يعلم بالبئر ، فالضمان على الحافر ، وإن كان الماشي دافعًا نفسه في البئر ؛ وإنه مباشر ، والحافر مسبب إلا أن الماشي غير متعد والحافر متعديًا ، فأضيف التلف إلى الحافر ، فكذا هذا .

١٩٤٥٢ - ومن هذا الجنس ما ذكر في " المنتقى " : رجل حفر بئرًا على قارعة الطريق ، فجاء إنسان ، وزلق بماء صبه رجل آخر على الطريق ؛ فوقع في البئر فمات ، فالضمان على الذي صب الماء ، وإن كان الماء ماء السماء ، ضمن صاحب البئر ، وإذا سقط الرجل في بئر في الطريق فمات ، فقال الحافر : إن الواقع ألقى نفسه فيها عمدًا ، فلا ضمان علي ، وقال ورثة الواقع : ولم يلق نفسه في البئر ، وإنما وقع في البئر من غير قصده وإرادته ، وعليك الضمان كان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا : بأن القول قول ورثة الواقع ويكون الحافر ضامنًا ، وهو القياس ثم رجع ، وقال : القول قول الحافر ، ولا ضمان عليه ، وهو الاستحسان .

وجه قوله الأول وهو القياس ظاهر ، وهو أن ورثة الواقع فيما يدعون يشهد لهم الظاهر ، والحافر يدعي خلاف الظاهر ؛ لأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يلقي نفسه في التهلكة قاصدًا لذلك ، وإنما يقع في البئر من غير قصده وإرادة الوقوع والقول قول من يشهد له الظاهر في الدعاوي .

وأما وجه قوله الأخير - وهو الاستحسان أن ورثة الواقع يدعون على الحافر ضمانًا ، والحافر ينكر ، فيكون القول قوله ؛ لأن فراغ ذمته عن الحقوق أصل والشغل عارض .

أما قوله : لأن الظاهر شاهد لورثة الواقع ، قلنا : نعم إلا أنه يصلح للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق على الغير ، وورثة الواقع يريدون أن يجعلوا هذا الظاهر حجة لإيجاب الضمان على الحافر ، والظاهر لا يصلح لمثل هذا ، وإذا لم يصلح الظاهر حجة للاستحقاق وجب النظر في الدعوى والإنكار ، فورثة الواقع يدعون على الحافر ضمانًا

في الحاصل، والحافر منكر، فيكون القول قول الحافر.

١٩٤٥٣ - وإذا احتفر الرجل بئراً في طريق مكة في الفلوات والفيافي في غير ممر الناس، فوقع فيه إنسان، فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد في هذا التسبيب؛ لأن له الارتفاق بهذا الموضع من حيث المرور، وضرب الفسطاط عليه من غير شرط السلامة؛ لأنه ليس فيه إبطال حق المرور على الناس، فكذا له الارتفاق به أيضاً من حيث الحفر إما للطبخ أو للاستقاء[1] لا من غير شرط السلامة، وإذا كان له الارتفاق به من حيث الحفر لم يكن متعدياً في هذا التسبيب، والمسبب إذا لم يكن متعدياً في التسبيب لا يضمن، وهذا بخلاف ما لو حفر بئراً في الطريق فإنه يصير ضامناً؛ لأن له الارتفاق من حيث المرور في الطريق، وليس له الارتفاق من حيث الحفر؛ لما فيه من إبطال حق المرور على الناس، وإذا لم يكن له الارتفاق بالحفر كان متعدياً في الحفر، فما تولد منه يكون مضموناً عليه.

١٩٤٥٤ - وإذا حفر بئراً على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان، فسلم من الوقعة، وطلب الخروج منها، فتعلق حتى إذا كان في وسطها سقط وعطب، فلا ضمان؛ ولو مشى في أسفلها، فعطب بصخرة فيها، فإن كانت الصخرة في موضعها من الأرض، فلا ضمان، وإن كان صاحب البئر اقتلعها من موضعها، ووضعها في ناحية البئر، فعلى صاحب البئر الضمان، هكذا ذكر في "المنتقى".

١٩٤٥٥ - وفيه أيضاً: عبد حفر بئراً على قارعة الطريق، فعتق، فوقع إنسان فيها، فعقلت عنه المولى، ثم وقع فيها آخر، فعلى المولى أن يدفعه كله، أو يفديه في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفع إليه بحصته كأنهما وقعا معاً، فيدفعه ولي أحد الواقعين.

١٩٤٥٦ - وفيه أيضاً: رجل مات، وترك داراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها، فحفر ابنه بئراً بعد موته، فهو ضامن لنقصان الحفر للغرماء، فإن وقع فيها إنسان ومات، فعليه ضمان ذلك على عاقلته.

---

(١) هكذا في "ظ" و"ك"، وفي الأصل: "للاستقاء"، وكذا في "م": "للاستفاد".

وفيه أيضاً: محمد رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله في عبد حفر بئراً، ثم أعتقه مولاه، ثم وقع العبد المعتق في البئر ومات، قال: على المولى قيمته لورثته، وقال محمد رحمه الله: لا أرى عليه شيئاً، ولو أعتقه المولى أولاً، ثم حفر، ووقع فيها، فلا شيء على المولى بلا خلاف.

١٩٤٥٧ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: مكاتب حفر بئراً في الطريق، ثم قتل إنساناً، فقضي عليه بقيمته، ثم وقع في البئر إنسان ومات، قال: يشترك ولي الساقط في البئر الذي أخذ القيمة فيها، قال: وكذا المدبر.

قال: وإذا جاء ولي الساقط في البئر، فأخذ الذي أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبين الذي أخذ القيمة خصومة، ولا أقبل بينة عليه، وإنما أقبل بينة على مولى المدبر، فإذا زكيت البينة على المولى، يرجع على الذي أخذ القيمة بنصفها.

١٩٤٥٨ - ولو أن عبداً قتل إنساناً، ودفعه المولى به، ثم وقع إنسان في بئر كان حفره العبد قبل ذلك عند الدافع فمات، فإن الذي دفع إليه العبد يدفع نصفه إلى ولي الساقط في البئر، أو يفديه بالدية، ولو عفا ولي الساقط في البئر لم يرجع إلى المولى شيء من العبد، ولا خصومة في هذه المسألة بين ولي الساقط وبين المولى الأول، إنما يخاصم الذي في يديه العبد.

١٩٤٥٩ - ولو أن مدبراً حفر بئراً في الطريق، ثم أعتقه المولى، أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته، ثم أوقع المدبر نفسه في تلك البئر، ثم مات، فلورثته قيمته في تركة المولى، قال: ألا ترى أنه لو كان عبداً فباعه، ثم أوقع العبد نفسه في البئر، كان للمشتري قيمته على البائع؛ لأنه جنى به عند البائع.

وكذلك لو كان مكان المدبر عبداً، أو أعتقه المولى، وقد ذكرنا قبل هذا مسألة العبد على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

١٩٤٦٠ - وإذا حفر الرجل نهراً في غير ملكه، فانشق من ذلك النهر ماء، فغرق أرضاً أو قرية كان ضامناً، ولو كان في ملكه، فلا ضمان، لأنه متعدّ في الفصل الأول، وليس بمتعدّ في الفصل الثاني.

الفصل السادس عشر
في الرجل يأمر غيره بالحفر والبناء، وأشباه ذلك في الطريق وغيره

١٩٤٦١ - وإذا استأجر الرجل أجيراً ليحفر له بئراً، فحفر الأجير، ووقع فيها إنسان ومات، فهذا على وجهين: الأول: أن يستأجر الأجير ليحفر له بئراً في الطريق، وإنه على وجهين أيضاً: الأول: أن يكون طريقاً معروفاً، فالعامة المسلمين يعرفه كل أحد، وفي هذا الوجه يجب الضمان على الأجير، أعلمه المستأجر بذلك، أو لم يعلمه؛ لأن الطريق إذا كان معروفاً لعامة المسلمين على الوجه الذي قلنا، فالأجير يعلم فساد الأمر؛ إذ ليس لأحد من عرض الناس حفر البئر في طريق العامة، فيجعل وجود هذا الأمر في حق الأجير وعدمه بمنزلة، ولو عدم الأمر، وحفر الأجير بنفسه كان الضمان على الحافر، كذا هنا، وإن كان الطريق لعامة المسلمين إلا أنه طريق غير مشهور، فإن أعلم المستأجر الأجير، بأن هذا الطريق لعامة المسلمين، فكذا الجواب أيضاً؛ لأن الأجير قد علم بفساد هذا الأمر.

فأما إذا لم يعلمه بذلك فالضمان على الآمر لا على الأجير؛ لأن كل واحد مسبب للتلف[1]، والأجير غير متعدٍّ؛ لأن الأجير حسب أن الطريق ملك المستأجر على ما عليه ظاهر حال الأمر؛ لأن الظاهر أن المسلم لا يأمر بالحفر في طريق العامة، فالأجير اعتمد ظاهراً، يبيح له الحفر، فلم يكن متعدياً، والمستأجر متعدٍّ؛ لأنه علم أن الطريق لعامة المسلمين، فكان الضمان على المستأجر من هذا الوجه، وهذا بخلاف ما لو استأجر أجيراً ليذبح شاة فذبحها، ثم علم أن الشاة لغيره، فإن هناك الضمان على الأجير أعلمه المستأجر أن الشاة للغير، أو لم يعلمه؛ لأن هناك الأجير مباشر، والمباشر ضامن متعدياً كان أو غير متعدٍّ، ثم يرجع إذا لم يعلم بفساد الأمر، وهنا الأجير مسبب، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدٍّ.

الوجه الثاني: إذا استأجره ليحفر له بئراً في الفناء، فهو على وجهين: إن كان

---

(١) هكذا في الأصل و[illegible]، وكان في [illegible] سبب التلف.

الفناء لغير المستأجر وقد علم الأجير بذلك، أو أعلمه المستأجر بذلك، فالضمان على الأجير[1]؛ لأنه علم بفساد الأمر، فكان حافراً بغير أمره، وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للمستأجر، ولم يعلمه المستأجر بذلك، فالضمان على المستأجر.

وإن كان الفناء للمستأجر إن قال للأجير: لي حق الحفر في القديم، فالضمان على المستأجر؛ لأنه أخبر بصحة الأمر، فصار حفره بأمره كحفره بنفسه، وإن قال له: ليس لي حق الحفر في القديم، وإنما هو فناء داري، فالقياس أن يكون الضمان على الأجير؛ لأنه علم بفساد الأمر لما قال له المستأجر: ليس لي حق الحفر في القديم، فصار حافراً بغير أمره، وفي الاستحسان: الضمان على المستأجر؛ لأن الفناء جعل كالمملوك لصاحب الدار حتى كان لصاحب الدار الانتفاع به ما ليس لغيره نحو إلقاء الثلج، وكسر الحطب، وربط الدواب والقعود عليه، وبناء الدكان، ولكن بشرط السلامة، وإنما ثبت له هذه الانتفاعات بحكم ملك الرقبة؛ لأنه لم توجد إجارة ولا إعارة، وإذا كان كذلك صار كأن الأمر في ملكه، فصح، وإذا صح الأمر، صار كأن الآمر حفر بنفسه، فيجب الضمان عليه، هذه الجملة من شرح شيخ الإسلام.

١٩٤٦٢ - وفي المنتقى: رجل جاء بقوم إلى طريق من طرق المسلمين، وقال: احفروا لي هنا بئراً، أو قال: ابنوا لي هنا بيتاً، أو لم يقل: لي، ففعلوا فإن ضمان ما عطب به من ذلك على الآمر دون الفاعل، ذكر المسألة مطلقة، وتأويلها ما إذا لم يكن الطريق مشهوراً لعامة المسلمين ولم يعلمهم المستأجر بذلك كما ذكر شيخ الإسلام.

وذكر عقيب هذه المسألة رجل جاء بقوم، وقال: احفروا لي في هذه الطريق بئراً، أو لم يقل: استأجرتكم على حفره ففعلوا، فضمان هذا على الحافر، قال: وكذلك إذا جاء بهم إلى أصل حائط، وقال: احفروا في أصل هذا الحائط بئراً، ولم يقل: لي، ولم يستأجرهم على ذلك، فظنوا أنه فناء الآمر، وكذلك لو أدخلهم داراً، وقال لهم: احفروا فيها، فحفروا، فظنوا أنها دار الآمر، فهو على أن يقول: لي، أو يستأجرهم على ذلك.

وذكر بعد هذا عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلاً،

---

[1] وكذا في الأصل: الأجير

فحفره في غير فنائه، وبين له ذلك أو لم يبين، وكان غير مشكل، فوقع فيها إنسان ومات، قال أبو حنيفة رحمه الله: الضمان على الحافر، وقالا: الضمان على الآمر.

وفيه رواية مجهولة رجل أمر رجلاً أن يضع حجراً على الطريق، فوضعه وعطب به الآمر، فضمانه على الواضع.

وكذلك إذا قال: ابن دكاناً على بابك ينتفع به، فبنى، وعطب به الآمر، وكذلك لو كان الآمر هو الذي بنى ذلك للمأمور بأمره، ثم عطب به الآمر كان المأمور الذي بني ذلك له بأمره ضامناً له، وكذلك لو أمر رجلاً أن يطرح حجراً من فوق حائطه إلى الطريق، فطرح الحجر، فأصاب الآمر فقتله كان على الطارح دية الآمر، ويحرم الميراث. ولو ثبت الحجر مكانه في الطريق، فعثر به الآمر كانت ديته على الذي ألقى الحجر، ولا يحرم الميراث.

١٩٤٦٣ - وإذا استأجر الرجل قوماً ليشرعوا له جناحاً أو ظلة من داره ففعلوا ذلك، فأصاب إنساناً فقتله، فهذا على وجهين: إن قال المستأجر للفعلة: ابنوا جناحاً لي في فناء داري وحانوتي فإنه ملكي، أو لي حق إشراع الجناح إليه في القديم، ولم يعلم الفعلة بخلاف ذلك، فأشرعوا ثم سقط على إنسان ومات، فإن الضمان يجب على الفعلة، ثم يرجعون بذلك على الآمر قياساً واستحساناً، سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعد الفراغ من العمل؛ لأنه أمره بالبناء في ملكه وحقه، ولم يعلم المأمور فساد الأمر، فإذا لحق المأمور بسبب ما عمله له ضمان كان قرار ذلك على الآمر.

وصار كما لو استأجر إنساناً ليذبح شاة ثم جاء مستحق واستحق الشاة وضمن الذبح كان للأجير أن يرجع بذلك على الآمر، وكما لو استأجر صبياً ليقتل رجلاً فقتل حتى ضمن عاقلة الصبي، فإن عاقلة الصبي يرجعون على عاقلة الآمر. فكذلك هذا، وإن قال المستأجر للفعلة: اشرعوا لي جناحاً على فناء داري، وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح في القديم أو لم يخبرهم، فشرعوا في العمل، ثم سقط، فأصاب إنساناً إن كان قبل فراغ الفعلة من العمل، فالضمان على الفعلة، ولا يرجعون بذلك على الآمر قياساً. وفي الاستحسان: يكون لهم الرجوع على الآمر.

(١) هكذا في م، وكان في غيرها: بأن يبني

ووجه القياس في ذلك وهو أن المستأجر أمر الفعلة بما لا يملكه بنفسه وقد علموا بفساد الأمر، فلا يثبت لهم الرجوع بما ضمنوا على المستأجر قياساً على ما لو استأجر رجلاً على أن يذبح شاة جاره له فذبح، فإن الذابح يضمن للجار، ولا يرجع بذلك على الآمر، ودليله ما لو سقط قبل فراغهم من العمل، ودليله ما لو استأجرهم ليبنوا له بناء في وسط الطريق، أو يحفروا له بئراً في وسط الطريق لا في فناء داره ففعلوا فعطب به إنسان ومات، فإن الفعلة يضمنون، ولا يرجعون بذلك على الآمر.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن الأمر صح من وجه ولم يصح من وجه، وذلك لأن فناء داره مملوك له من وجه من حيث إنه يباح له الانتفاع به بشرط السلامة، وغير مملوك له من وجه، فإنه لا يجوز له بيعه، فيصح الأمر من وجه، ولا يصح من وجه، ولو كان الأمر صحيحاً من كل وجه وجب الضمان على المأمور، وكان له الرجوع بما ضمن على الآمر سواء كان قبل فراغه من العمل أو بعد فراغه.

ولو كان الأمر فاسداً من كل وجه بأن أمره بالبناء على قارعة طريق المسلمين، كان الضمان على العامل في الأحوال كلها، ولم يرجع بذلك على الآمر، فإذا كان الأمر صحيحاً من وجه فاسداً من وجه يوفر على الأمرين حظهما، فقلنا: من حيث إن الأمر صحيح من وجه إذا سقط قبل الفراغ يجب الضمان على الآمر، كأنه فعل بنفسه، ومن حيث إن الأمر لم يصح من وجه قلنا: إذا سقط قبل الفراغ يجب الضمان على العامل، ولا يرجع على الآمر كأنه عمل بنفسه توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، فكان إظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ؛ لأن أمر الآمر إنما يصح من حيث إنه يثبت الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فكان إظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ

الفصل السابع عشر
في جناية البهائم والجناية عليها

١٩٤٦٤ - يجب أن يعلم بأن جناية الدابة لا تخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يكون في ملك صاحب الدابة ، أو في ملك غيره ، أو في طريق المسلمين ، فإن كان في ملك صاحب الدابة ، ولم يكن صاحبها معها ، فإنه لا يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة ، أو سائرة وطئت بيدها ، أو برجلها أو نفحت بيدها ، أو رجلها ، أو ضربت بيدها ، أو كدمت ، وإن كان صاحبها معها إن كان قائداً لها أو سائقاً لها ، هكذا لا يضمن صاحبها في الوجوه كلها؛ لأن صاحب الدابة فيما جنت الدابة في هذه الوجوه مسبب وليس بمباشر ، لأنه لم يتصل فعله بالتلف حتى يكون مباشراً ، وإنما اتصل به أثر فعله بواسطة فعل مختار وهو الدابة ، وهذا هو حد التسبيب ، إلا أن المسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً ، ولا يضمن إذا كان غير متعد ، وصاحب الدابة في إيقاف الدابة وتسييرها ليس بمتعدٍ ، فلا يضمن ، وإن كان صاحب الدابة راكباً على الدابة ، والدابة تسير إن وطئت بيدها أو رجلها يضمن ، وعلى عاقلته الدية ، وتلزمه الكفارة ، ويحرم عن الميراث ، وإن كدمت ، أو نفحت برجلها أو يدها ، أو ضربت بذنبها ، فلا ضمان ؛ لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف ؛ لأن فعله وفعل الدابة اتصل بالتلف ، فكأنما وطئاه جميعاً ، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة بيدها أو رجلها ، ويحرم عن الميراث ، والمباشر ضامن ، سواء كان متعدياً أو لم يكن .

أما في الوجه الثاني صاحب الدابة مسبب ؛ لأنه لم يتصل فعله بالمتلف ، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً ، وهو ليس بمتعدٍ بتسيير الدابة في ملكه .

أما إذا كان جناية الدابة في ملك غير صاحب الدابة ، فهذا على وجهين : إما إن دخلت في ملك الغير من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلتة ، وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها ، وإما إن دخلت بإدخال صاحبها ، وفي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها ، سواء كانت واقفة أو سائرة ، وسواء كان صاحبها معها ليسوقها

أو يقودها، أو كان راكبًا عليها؛ لأن صاحب الدابة في بعضها مباشر، وفي بعضها مسبب متعدٍّ؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير.

وأما إذا كانت جناية الدابة في طريق المسلمين فهذا على وجهين: إن كانت الدابة واقفة في طريق المسلمين أوقفها صاحبها، فصاحب الدابة ضامن ما تعطب بفعل الدابة في الوجوه كلها؛ لأنه بإيقاف الدابة على الطريق صار مسببًا للتلف وهو متعدٍّ في هذا التسبيب؛ إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة؛ لأن الطريق للسلوك والمرور لا للإيقاف وإن كانت سائرة، ولم يكن صاحبها معها، فإن سارت بإرسال صاحبها، فصاحبها ضامن مادام تسير في وجهها ذلك لم تمر يمينًا وشمالًا؛ لأن إرسال الدابة في طريق المسلمين بلا حافظ يحفظها تسبيب الإتلاف، وهو متعدٍّ في هذا التسبيب، ما تولد منه يكون مضمونًا، وإن[1] سارت لا بتسيير صاحبها بأن كانت منفلتة، فلا ضمان على صاحبها في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها وهي تسير، فإن كان صاحبها راكبًا عليها، فما وطئت بيدها، أو رجلها، أو كدمت بفمها، فصاحبها ضامن لذلك؛ لأن فيما وطئت بيدها أو رجلها، فصاحبها مباشر للتلف، وفيما كدمت بفمها صاحبها مسبب لأنه يمكن حفظ الدابة عنه؛ لأن الكدم يكون بين عينيه، فيمكن إبعاد الدابة عن المتلف، وإبعاد المتلف عن الدابة، والجواب فيما إذا كان قائدًا لها نظير الجواب فيما إذا كان راكبًا عليها.

فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن صاحب الدابة في هذه الصورة؛ لأنه غير متعدٍّ؛ لأن له المرور في طريق المسلمين كما له المرور في ملكه؛ ولهذا لا يضمن ما نفحت برجلها أو ضربت بذنبها في هذه الصورة.

فالجواب: طريق المسلمين يشبه ملكه من وجه من حيث إن المرور له مباح في الطريق كما هو مباح له في ملكه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فيه فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان فيه مسببًا للإتلاف، فقلنا: إذا كان سببًا يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه متعديًا، وذلك كالكدم في حق الراكب والوطء باليد والرجل، والكدم في حق القائد؛ لأن كل ذلك

---

(١) وكان في الأصل: "وإذا" مكان "وإن".

يكون بين عينيه ، وجعل في حق هذه الأشياء طريق المسلمين ملحقاً بملك المرور ، وقد : إذا كان سبباً لا يمكن حفظ الدابة والتحرز عنه ، لا يعتبر فيه متعدياً ، وذلك كالنفحة بالرجل والضرب بالذنب ، لأن النفحة بالرجل والضرب بالذنب يكون وراء الراكب والقائد ، ولا يكون بين عينيهما ، وجعل في حق النفحة والضرب بالذنب في حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقاً بملكه

وأما السائق هل يضمن النفحة؟ اختلف المشايخ وذكر محمد رحمه الله في الأصل ما يدل على القولين .

وجه قول من قال : بأنه يضمن أن النفحة تكون بين عيني السائق ، فيمكنه إبعاد الدابة عن المتلف وإبعاد المتلف عن الدابة ، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو الحسن القدوري وجماعة من مشايخ العراق .

وجه قول من قال : لا يضمن أن الأمر كما قلتم أن النفحة تكون بين عيني السائق إلا أنه لا يمكنه التحفظ عن ذلك ، فإنه ليس على رجل الدابة شيء يمكنه منع الدابة عن ذلك بخلاف الكدم ، فإنه يكون بين عيني السائق ، والتحفظ عنه ممكن ، فإن في فم الدابة اللجام ، وبه يقدر الراكب والقائد على منع الدابة متى أراد الكدم ، وإلى هذا القول مال مشايخنا .

١٩٤٦٥ - وإذا سار الرجل في طريق المسلمين على دابة ، فراثت في سيرها ، أو بالت في سيرها في الطريق ، أو سال لعابها ، فعطب إنسان بذلك ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه مسبب للتلف ، وليس متعدياً فيه ؛ لأنه لا يمكنه التحفظ والتحرز عن ذلك ، وكذلك لو وقفت لتروث أو لتبول ، فإن أوقفها صاحبها لغير ذلك ، فبالت أو راثت ، فعطب بها إنسان ، فهو ضامن .

والفرق وهو أنه ليس في وسعه صيانة الدابة عن الروث ، ولا منعها عن الوقوف لذلك ؛ فإن من الدواب ما لا تروث ، ولا تبول إلا بعد الوقوف ، فلا يجب على صاحبها الصيانة عن ذلك ، فلا يكون متعدياً في ذلك ، فأما في وسعه أن لا يوقفها لغير البول ، وله حق المرور لا حق الوقوف ، فيكون متعدياً في إيقاف الدابة فما تولد منه يكون مضموناً عليه .

١٩٤٦٦ - وإذا مر على دابة في طريق المسلمين، فأصابت بيدها أو برجلها نواة أو حجرًا صغيرًا، ففقأ عين إنسان، أو أثار غبارًا، فأفسد متاع إنسان، لم يضمن، وإن كان حجرًا كبيرًا، ضمن، والفرق أنه لا يمكن صيانة الدواب عن المرور على الحجر الصغير والنواة والغبار، فلا تجب عليه الصيانة عن هذا، ولا يصير متعديًا بترك الصيانة، أما صيانة الدواب عن المرور على الحجر الكبير ممكن، فتجب المبالغة عن ذلك، فيصير بترك الصيانة متعديًا فيضمن، وقيل: لو عنف على الدابة يضمن في ذلك كله

١٩٤٦٧ - وفي القدوري: أن من أوقف دابته على باب المسجد الأعظم، أو على باب مسجد من مساجد المسلمين، فنفحت برجلها إنسانًا، فهو ضامن، وهو نظير إيقافه الدابة في الطريق؛ لأنه ليس يأذون في إيقاف الدابة في هذا الموضع، فيصير متعديًا بالإيقاف، فما تولد منه يكون مضمونًا عليه.

قال: وإن كان الإمام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفًا يوقفون فيه دوابهم، فلا ضمان عليه، فما أصابت في وقوفها، أو حدث منها في ذلك الموقف؛ لأن الإمام إذا جعل بعض الطريق لوقوف دوابهم، فكأنه تعلمهم ذلك القدر، وللإمام أن يقطع بعض الطريق إذا لم يضر بالمسلمين، فصار الإيقاف مأذونًا، فلا يكون سبب ضمان.

ولو أوقف دابته في سوق الدواب فرمحت، لا ضمان على صاحبها؛ لأن الوالي أذن للناس في إيقاف الدواب في ذلك، وما كان بإذن الإمام لا يصير سبب ضمان، وعلى هذا السفينة المربوطة في الشط.

ومن أوقف دابة على باب السلطان، وقد توقف الدواب على بابه، قال محمد رحمه الله: هو ضامن لما أصابت الدابة، فمحمد رحمه الله لا يرى باب السلطان مثل موقف الدواب حين تباع.

١٩٤٦٨ - وإذا أوقف الرجل دابة في أرض أو دار مشتركة بينه وبين غيرهم أنها أصابت شيئًا بيد أو رجل، فالقياس أن يضمن النصف اعتبارًا للبعض بالكل، ألا ترى أنه لو حفر بئرًا في دار مشتركة، أو بنى في دار مشتركة حائطًا بغير إذن شريكه، فتعلق بالحائط إنسان، أو وقع في البئر إنسان، ومات ضمن النصف وطريقه ما قلنا؛ وفي الاستحسان: لا يضمن شيئًا؛ لأن هذا من جملة السكنى، ألا ترى أن المستعير

اللجام لاستخراج السير مخرج التصرف في السير، وسائر الحال بعده كالحال قبله، وفي الضرب يضمن الراكب ما وطئت الدابة بيدها أو رجلها، أو كدمت، ولا يضمن ما نفحت برجلها، أو ضربت بذنبها، فكذا هذا.

١٩٤٧١ - وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فنخسها رجل أو ضربها بغير إذن الراكب، فنفحت رجلاً، فقتلته، كان ذلك على الناخس والضارب دون الراكب؛ لأن كل واحد منهما مسبب للإتلاف؛ لأن من عادة الدواب النفحة والوثبة عند النخس إلا أن الراكب غير متعدٍ؛ لأن له المرور في الطريق، والناخس متعدٍ، فكان الضمان على الناخس من هذا الوجه، وهذا إذا كانت النفحة والوثبة في فور النخس.

فأما إذا انقطع فوره فلا ضمان عليه؛ لأن الجناية قد زالت، وإذا نفحت، فقتلت الناخس كان دمه هدراً؛ لأن التلف مضاف إلى نخسه، لا إلى تسيير صاحب الدابة، ألا ترى لو قتلت الدابة رجلاً آخر، كانت ديته على الناخس، وأضيف التلف إلى نخسه، كذا هنا، فصار الناخس قاتلاً نفسه، فيكون دمه هدراً.

ولو ألقت صاحبها الذي عليها من النخسة، فديته على الناخس كما لو قتلت رجلاً آخر، ولو وثبت من نخسه على رجل فقتلته، أو أوطأت رجلاً فقتلته، فالضمان على الناخس دون الراكب.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن الناخس مسبب والراكب مباشر؛ لأن فعله اتصل بالركوب.

والجواب أن الراكب وإن كان مباشراً إلا أنه مدفوع إلى ذلك غير مختار؛ لأن الدابة هي التي وثبت به، فصار فعل الراكب مضافاً إلى الدابة، فصار منقولاً إلى الدابة، وإذا صار فعل الراكب منقولاً إلى الدابة لم يكن الراكب مباشراً، فتعذر إيجاب الضمان على الراكب بالمباشرة، وتعذر إيجابه بالتسبيب؛ لأنه لم يكن متعدياً في التسبيب، وأما الناخس متعدٍ في التسبيب، فأوجبنا الضمان على الناخس، لهذا قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»(١): وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد، وفي الأصل قال: والراكب والسائق والقائد سواء في الضمان.

---

(١) وكذا في «ظ» فقط.

من مشايخنا من قال: أراد بقوله: الراكب والسائق والقائد سواء في الضمان حالة الانفراد، فأما حالة الاجتماع، فالسائق لا يضمن ما وطئت الدابة مع الراكب؛ لأن الراكب مباشر والسائق مسبب، والمسبب لا يضمن مع المباشر كالدافع مع الحافر، ولكن هذا لا يصح؛ فإن محمداً رحمه الله ذكر في «الأصل»: أن الراكب إذا أمر غيره فنخس الدابة، فأوطأت إنساناً كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناخس سائق، والآخر راكب، فقد بين بما سبق أن الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة مشتركان، ولا يختص به الراكب، فالوجه في ذلك أن المسبب مع المباشر إنما لا يضمن إذا كان السبب شيئاً لا يعمل في الإتلاف، متى انفرد عن المباشرة كما في الحفر، فإن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو مباشرة الإتلاف لفقه أن الحفر إذا كان لا يعمل في التلف إلا بالمباشرة، وهو الدفع صار عمل الحفر في الإتلاف وحكمه، وهو التلف مضافاً إلى الدفع متى كان الدافع عالماً بالحفر؛ وإن كان لولا الحفر لكان لا يتلف بالدفع.

وهذا كما قالوا في سفينة مملوءة من الطعام إذا جاء رجل، وطرح فيها منّاً زائداً، فغرقت السفينة، كان الضمان كله على الذي وضع المن الزائد؛ وإن كان لولا ما تقدم من الأحمال كان لا تغرق السفينة بالمن الزائد؛ لأن ما تقدم من الأحمال بانفراده لم يكن موجباً للتلف، وإنما عمل في الإتلاف المن الزائد، وصار العمل مع حكمه وهو الغرق مضافاً إلى واضع المن الزائد.

وكذا في مسألة الحفر، وإذا صار عمل الحفر في الإتلاف مضافاً إلى الدفع، صار كأن الدافع هو الحافر أيضاً، ولو كان الدافع هو الحافر، كان الضمان عليه خاصة، ولم يجب على غيره، كذا هنا.

فأما الركوب على الدابة بانفراده عامل في إتلاف ما أوطأت الدابة من غير سائق، وكذا السوق بانفراده عامل من غير أن ينخسها إنسان، وكذا نخس الدابة بانفراده عامل في إتلاف ما أوطأت الدابة من غير أن يكون على الدابة راكب، وإذا كان كل واحد منهما عاملاً في الإتلاف عند الانفراد، فإذا اجتمعا لم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، فيقع التلف مضافاً إليهما، والضمان كما يجب بالمباشرة، يجب

بالتسبيب ، فأوجبنا الضمان عليهم نصفين ، ولا كفارة على السائق والقائد ؛ لأنهما مسببان ، وعلى الراكب الكفارة لأنه مباشر .

٩٩٤٧٣ - وإذا كان الرجل يسير على الدابة في الطريق ، فنخس بها رجل بإذن الراكب ، وأمره ، فنفحت وهو يسير ، فلا ضمان على الناخس(١) ؛ لأن نخس الناخس بأمر صاحب الدابة بمنزلة سوقه ، مع الأمر ، لأنه أمر بالتصرف في ملكه بمنزلة نخس صاحب الدابة ؛ ولو أن صاحب الدابة نخسها بنفسه لاستخراج السير ، فنفحت إنسانًا لا يضمن ؛ لأن النفحة مما لا يضمنها الراكب ، كذا هذا ، ولو وطئت رجلا في سيرها ، وقد نخسها عنها بأمر الراكب فإن الدية عليهما نصفان إذا كان الوطء في فور النخسة ، وقد مر هذا ، ولا يرجع الناخس على الراكب ، وإن كان النخس بأمر الراكب ؛ لأن الراكب أمره بالنخس ، والنخس ينفك عن الإيطاء في الجملة ، فلم يكن من ضرورة الأمر بالنخس الأمر بالإيطاء .

وإذا كان الناخس عبدًا ، فما أصاب الدابة في فور النخس ، فهو في رقبته ، يدفعه مولاه أو يفديه ، محجورًا كان أو مأذونًا ؛ لأن العبد يؤاخذ بضمان الفعل ، والنخس فعل ، وقد صار ذلك سببًا للتلف ، وكذلك إذا كان الناخس صبيًا حرًا ، فهو والرجل سواء ؛ لأن الصبي يؤاخذ بضمان الفعل .

وإن كان يسير في الطريق على دابته ، فأمر عبدًا حتى نخسها فنفحت ؛ فلا ضمان على العبد ، ولا على رب الدابة ؛ لما ذكرنا أنه لو أمر حرًا بذلك ، والمسألة بحالها لا ضمان على واحد منهما ، فكذا إذا أمر عبدًا ، وإن وطئت إنسانًا في فور النخسة وقتله ، فالضمان عليهما نصفان : النصف على عاقلة الراكب ، والنصف في عنق العبد يدفعه مولاه أو يفديه كما لو أمر حرًا بذلك ، ثم يرجع مولى العبد على الآمر بقيمة العبد إذا كان قيمة العبد أقل من نصف الدية ، وكان العبد المأمور بالنخس محجورًا عليه ؛ لأن الآمر صار مستعملا للعبد المحجور في عمل من أعماله بغير إذن مولاه .

ومن استعمل محجورًا عليه بغير إذن مولى يصير غاصبًا ، فما لحق العبد من ضمان الجناية في حالة الاستعمال ، يكون قرار ذلك على المستعمل ، وإن كانت الجناية

---

(١) وفي م : «على أحد» مكان «على الناخس» .

المأمور مأذوناً له، فمولى العبد المأمور لا يرجع على الآمر بما لحقه من الضمان؛ لأن استعمال العبد هنا حصل بإذن المولى؛ لأن سوق دابة الغير داخل تحت الإذن بالتجارة؛ لأنه من أعمال التجارة لابد للتجار منه في إعانة بعضهم بعضاً، ومن استعمل عبد الغير بإذنه، فما لحق العبد من ضمان الجناية في حالة الاستعمال يكون قرار ذلك على المولى، والجواب في الآمر بسوق الدابة وقودها نظير الجواب في الآمر بنخسها.

وإن كان الراكب عبداً، فأمر عبداً آخر بسوق الدابة، فوطئت إنساناً فهذه المسألة على وجوه: الأول: أن يكون الآمر والمأمور مأذونين في التجارة، وفي هذا الوجه الضمان عليهم في عنقهما نصفان يدفعان بذلك، أو يفديهما مولاهما، وقد ذكرنا قبل هذا أن السائق مع الراكب يشتركان في ضمان ما أوطأت الدابة، ولا يرجع مولى العبد المأمور على العبد الآمر بشيء.

الوجه الثاني: إذا كان العبد المأمور محجوراً، والآمر مأذوناً، وفي هذا الوجه أيضاً الضمان عليهما في عنقهما، وإذا دفع مولى المأمور عبده، أو فداه بنصف الدية، رجع بقيمة عبده على الآمر بخلاف الفصل الأول، والوجه في ذلك أن في الفصل الأول الآمر استعمل عبد الغير بإذنه، وفي الفصل الثاني استعمله بغير إذنه.

الوجه الثالث: إذا كانا محجورين، وفي هذا الوجه الضمان عليهما، وفي رقبتهما أيضاً.

وإذا دفع مولى العبد المأمور عبده، أو فداه بنصف الدية، لا يرجع على العبد الآمر في الحال بشيء، وإذا عتق، رجع عليه بقيمته، وهذا لأن مولى المأمور لو رجع على الآمر رجع بسبب الأمر، والأمر قول، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق بخلاف ما إذا كان الآمر مأذوناً؛ لأن المأذون يؤاخذ بضمان القول للحال كالحر.

الوجه الرابع: إذا كان الآمر محجوراً عليه، والمأمور مأذوناً، وفي هذا الوجه الضمان عليهما في عنقهما أيضاً، وإذا دفع مولى العبد نصف عبده، أو فداه، لا يرجع على العبد الآمر، لا في الحال، ولا بعد العتق، وإن استعمل عبد الغير إلا أنه استعمله بإذن مولاه؛ لما ذكرنا أن المحجور داخل تحت الإذن في التجارة.

الدابة رجلا حتى نخسها، فنفحت رجلاً، أو نفحت الآمر، فديته على الناخس، وإن كان الآمر أوقفها في الطريق، ثم أمر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلا، فديته على الآمر والناخس نصفان.

١٩٤٧٨- رجل أذن لرجل أن يدخل داره وهو راكب، فدخلها فوطئت دابته على شيء، كان ضامناً، وإن كان سائقاً أو قائداً، فلا ضمان، هكذا ذكر في المنتقى، قال ثمة: والأصل أن كل شيء أصابه خارجاً من الدار، وكانت عليه فيه الكفارة، فدخل منزل رجل بأمره وأصابه فيه، فهو ضامن، وكل شيء أصابه خارجاً من الدار، ولم يكن عليه فيه كفارة، فدخل منزل إنسان بأمره وأصابه، لم يضمن.

رجل أدخل بعيراً مغتلماً في دار رجل، وفي الدار بعير صاحب الدار، فوقع عليه المغتلم فقتله، فقد اختلف المشايخ، منهم من قال: لا ضمان على صاحب البعير.

وقال بعضهم: إن أدخل صاحب المغتلم المغتلم بغير إذن صاحب الدار، فهو ضامن، وإن كان أدخلها بإذنه، فلا ضمان، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله، وعليه الفتوى؛ لأن إدخال البعير في دار الغير بغير إذنه جناية، فما تولد منه يكون مضموناً.

١٩٤٧٩- وإذا ربط حماره في موضع، فجاء رجل آخر وربط حماره في ذلك الموضع، فعض أحد الحمارين الآخر، فقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الغصب والضمان.

١٩٤٨٠- قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: في الرجل يقود قطاراً من الإبل، فأوطأ بعير إنساناً فقتله، فديته على عاقلة القائد.

وفي الأصل يقول: رجل قاد قطاراً من الإبل في طريق المسلمين، فما أوطأ أول القطار أو آخره بيد أو رجل أو صدم بيد أو رجل رجلاً فقتله، فالقائد ضامن، ولا كفارة، أما الضمان فلأنه قائد الكل؛ وأن زمام أول القطار في يده، وزمام القطار بعضه متصل ببعض، فالقائد للأول يكون قائداً للآخر، والقائد ضامن لما وطئت الدابة بيد أو رجل، وقد مر هذا من قبل، ولا كفارة لما مر قبل هذا.

وإن كان معه سائق يسوق الإبل إلا أنه تارة يتقدم، وتارة يتأخر، فإنهما يشتركان

في الضمان؛ لأن السائق سائق للكل بحكم اتصال الأزمة، كما أن القائد قائد للكل بحكم اتصال الأزمة، وإن تقدم مرة، وتأخر أخرى، لا يخرج من أن يكون سائقاً للكل؛ لأن أثر سوقه في الأول لا ينقطع بالتأخر، وأثر سوقه في الآخر لا ينقطع بالتقدم.

وإن كان معهما آخر في وسط القطار، فما أصاب مما خلف هذا الذي في وسط القطار، أو ما قدامه، فضمان ذلك عليهم أثلاثاً بينهم، إذا كان هذا الذي يمشي في وسط القطار يمشي في جانب من القطار، ولا يأخذ بزمام بعير يقوده من خلفه؛ لأنه سائق لوسط القطار، فيكون سائقاً للكل بحكم اتصال الأزمة.

فأما إذا كان الذي في وسط القطار آخذاً بزمام بعير يقوده من خلفه، ولا يسوق ما قبله، فما أصاب مما خلف هذا الذي في وسط القطار، فلا ضمان فيه على القائد الأول؛ لأن القائد الأول ليس بقائد لما خلف هذا لأنه لما كان أمامه ما خلف هذا منقطعاً بزمام ما قبله، وإنما الضمان فيه على هذا لأنه قائد لما خلفه، وما أصاب مما قبل هذا الذي في وسط القطار، فضمان ذلك على القائد الأول، ولا شيء فيه على هذا الذي في وسط القطار؛ لأنه ليس بقائد لما قبله، ولا سائق له حتى لو كان سائقاً له يشارك الأول في الضمان.

١٩٤٨١ - قال في «المنتقى»: إذا قاد الرجل قطاراً وخلفه سائق وأمامه راكب على بعير، فوطئ بعير الراكب إنساناً، فالدية عليهم أثلاثاً.

وكذلك إذا وطئ بعير مما خلف الراكب إنساناً، وإن وطئ بعير أمام الراكب، فهو على القائد والسائق نصفان، ولا شيء على الراكب.

وذكر في «المنتقى» مسألة القطار بعد هذا في صورة أخرى، وأوجب الضمان على القائد، وعلى من كان أمام البعير الذي أوطأ من الركبان، قال: وليس على من خلفه من الركبان شيء؛ إلا أن يكون إنسان منهم يزجر ويسوق، فيكون عليه وعلى السائق الذي خلفه يشتركون جميعاً فيه، وأصل هذا أن يكون قائداً لما وراءه وإن لم يزجره، ولا يكون سائقاً إلا بفعل سوق وزجر.

١٩٤٨٢ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قاد قطاراً في طريق

المسلمين، فجاء رجل ببعير، وربطه بالقطار والقائد لا يعلم به، أو علم، فأصاب ذلك البعير إنساناً، فضمانه على عاقلة القائد دون الرابط، وإن كان كل واحد منهما متسبباً للإتلاف، وهو متعد في ذلك؛ لأن الربط في القيادة بمنزلة المتسبب من المباشرة؛ لأن التلف لم يتصل بالربط، واتصل بالقيادة، فهو معنى قوله: الربط من القيادة بمنزلة التسبب من المباشرة، وإيجاب الضمان على المباشر أولى، ثم يجب الضمان على القائد، علم بذلك أو لم يعلم؛ لأن هذا ضمان مباشرة، وضمان المباشرة لا يختلف بالعلم وعدم العلم.

وهل يرجع على عاقلة الرابط؟ ينظر إن علم بالربط لا يرجع؛ لأن الرابط هو الذي أوقعه في هذه الورطة، والقائد لم يرض به من حيث لم يعلم، ولم يفصل محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» بين ما إذا ربط البعير بالقطار والقطار واقف لا يسير، وبينما إذا ربطه والقطار يسير.

وفي بعض كتب النوادر: أن القطار إن كان لا يسير حالة الربط، فقادها القائد بعد الربط، لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم، وإن كان القطار يسير حالة الربط، فالقائد يرجع على عاقلة الرابط، إذا لم يعلم القائد بربطه، وهذا لأن الربط متى حصل في حال ما كان القطار واقفاً، فالقائد إنما قاد بعير الرابط بغير أمره؛ لأن الرابط لم يأمره بالقيادة لا نصاً ولا دلالة، ومن قاد بعير غيره بغير أمره، وضمن ما أصاب البعير، لا يرجع بما ضمن على صاحب البعير.

فأما إذا ربطه والقطار يسير، فالقائد قاد بعير الرابط بإذنه دلالة، فإذا لحقه الضمان بسبب القيادة ينظر إن لحقه بسبب يمكنه التحفظ البعير عنه كان قرار الضمان على القائد، وإن لحقه بسبب لا يمكنه التحفظ البعير عنه، كان قرار الضمان على الرابط، فإن كان القائد لا يعلم بربط البعير، لا يمكنه التحفظ البعير عن الإتلاف، وإذا كان يعلم، يمكنه تحفظ البعير.

٩٤٤٨٣- وفي «المنتقى»: وإذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد، فوطئت إنساناً فقتلته، فالدية عليهم أثلاثاً، وعلى الراكب والرديف الكفارة.

وإذا سار الرجل على دابته في الطريق، فعثرت بحجر وضعه رجل، أو بدكان بناه رجل، أو بماء قد صبه رجل، فوقعت على إنسان وأتلفته، فالضمان على الذي وضع الحجر، وبنى الدكان، وصب الماء؛ لأنه مسبب للإتلاف، وهو متعد في هذا التسبيب، ولا ضمان على الراكب؛ لأنه بمنزلة المدفوع والمكره.

١٩٤٨٤ - وفي الكفاية: إذا أرسل كلبًا أو دابة، فأصاب في فوره شيئًا يضمن في الدابة دون الكلب والطير.

وفي الجامع الصغير: رجل أرسل صيدًا، وفي بعض النسخ: رجل أرسل طيرًا، وأردفه بازيًا، فقتل صيدًا مملوكًا، فلا ضمان على المرسل.

قال في الجامع الصغير: وكذلك إذا أرسل كلبه إرسالاً، ولم يكن سائقًا له، وأصاب في فوره، لم يضمن. وكذلك إذا أرسل كلبه على إنسان، فعقره أو مزق ثيابه، لم يضمن إلا أن يسوقه، وفي آخر جنايات الأجناس: إذا أغرى كلبه على رجل لا يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله، وهذا لأن البازي والكلب عاملان باختيارهما، فلا يضاف فعلهما إلى المرسل، بل يبقى مقصورًا عليهما، وفعل البهيمة هدر. قالوا: لا يضمن المرسل، وإن كان سائقًا للكلب والبازي، ومع هذا لو كان سائقًا لهما، ضمن في الكلب دون البازي.

والفرق أن الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب، فأما البازي فلا يحتمل ذلك فيهدر سوقه، ولم يهدر سوق الكلب، فأضيف إليه فعل الكلب، وإن كان مختارًا؛ لأنه محمول عليه من جهته، فأضيف فعله إليه فيما يصلح آلة له، كما أضيف فعل المكره إلى المكره فيما يصلح آلة له.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه أوجب الضمان في أحوال الثلاث في هذا كله، سواء كان صاحب الكلب سائقًا له أو لم يكن، وجعل الإرسال بمنزلة السوق ما لم يحدث في عقب الإرسال ما يقطعه، وأشار في "الزيادات" إلى الضمان، وأشار إلى أن الإرسال بمنزلة السوق إلا أن هناك وضع المسألة في الصيد.

وذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: من أرسل كلبه، وأصاب في

فوره إنسانًا، ضمن المرسل وإن لم يكن صاحب الكلب سائقًا له، وأشار إلى[1] أنه ما دام في فوره، فكأنه حثه.

ولو أرسل دابته في طريق المسلمين، فما أصاب في وجهها ذلك، فصاحبه ضامن لذلك باتفاق الروايات، فرق بين الدابة وبين الكلب والبازي على[2] بعض الروايات.

والفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع سوقه، ولكنه لا يتبع تعدٍّ من صاحبه، فما تولد منه، يكون مضمونًا عليه، وأما إرسال الكلب والبازي من غير اتباع منه، ولا يكون الاتباع ليس بتعدٍّ منه، والسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعديًا، وإن انعطفت الدابة يمينًا وشمالاً، وأصابت شيئًا، فلا ضمان على صاحبها إذا كان لها طريق في وجهها ذلك؛ لأن الانعطاف إذا كان لها طريق في وجهها ذلك، يقطع أثر الإرسال، فينقطع الإرسال أيضًا.

وعلى هذا الكلب إذا انعطف يمينًا وشمالاً، وأصاب شيئًا، فلا ضمان على صاحبه على قول من يقول: بالضمان على مرسل الكلب، بخلاف السهم إذا انعطف يمينًا وشمالاً من غير رد شيء؛ فإنه لا ينقطع ذلك الرمي.

والفرق أنه ليس للسهم فعل، فما أصاب يكون مضافًا إلى الرمي ما لم يرده شيء، وأما الدابة فلها فعل، فجاز أن ينقطع ذلك الإرسال.

هذا إذا كان لها طريق في وجه الإرسال، وإن لم يكن لها طريق في وجه الإرسال، وإنما الطريق لها يمينًا وشمالاً لا غير فانعطفت، فإن الإرسال لا ينقطع حتى لو أصابت شيئًا بعد الانعطاف، كان الضمان على المرسل، وإن وقفت، ثم سارت، فما أصابت بعد ذلك، فلا ضمان على صاحبها؛ لأن الوقوف يقطع أثر الإرسال وهو السير، فينقطع الإرسال، وعلى هذا حكم الكلب على قول من يقول بالضمان على مرسل الكلب، فإن رده، وإن لم يرده، ومضى في وجهه ذلك، فما أصاب شيئًا بعد ذلك، فالضمان على المرسل، فصار وجود هذا الرد وعدمه بمنزلة

---

(١) وفي الأصل: بأنه مكان إلى.

(٢) زيد في الأصل: في.

وإذا ارتدت، ثم وقفت، ثم سارت، فأصابت شيئًا، لا ضمان على المرسل، ولا على الراد، أما على المرسل فلأن إرساله قد انقطع لما ارتدت برد الراد، وأما على الراد فلأن الرد من الراد تسيير للدابة، ولكن في وجه آخر، فينقطع بوقوفها، كما تنقطع إرسال الأول بوقوفها، وإذا ارتدت ولم تقف ومضت في الوجه الذي رده الراد إليه، فأصابت شيئًا، فالضمان على الراد؛ لأنها سارت برد الراد، فما دام يمضي في وجه الراد يكون الإرسال مضافًا إليه، فيكون سيره مضافًا إليه.

والجواب فيما إذا أفسدت الدابة زرع إنسانًا بعد ما أرسلها المالك في رجهها، أو بعد ما انقطعت كالجواب فيما إذا أصابت آدميا إذ المعنى لا يوجب الفصل. وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري فيمن أرسل بقرة من القرية إلى أرضه فدخل في زرع غيره فأكل إن كان له طريق غير ذلك لا يضمن، وإن لم يكن له طريق غير ذلك يضمن، فأما إذا أخرجت الدابة من المربط وأفسدت زرع إنسان، أو تركها في المرعى، فأفسدت زرع إنسان، فلا ضمان، وكذا السنانير والكلاب، إذا أفسدت شيئًا من أموال الناس، فلا ضمان على صاحبها. والأصل فيه قوله عليه السلام: "الجرح العجماء جبار"[1].

٩٤٨٥ - وفي غصب "النوازل": صاحب الزرع إذا قال لصاحب الدابة: إن دابتك في زرعي، فأخرجها صاحبها، فأفسدت في حال إخراجها، فإن لم يأمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج، فصاحب الدابة ضامن، وإن أمره بالإخراج، فلا ضمان عليه، هكذا اختار الفقيه أبو الليث، وكان الفقيه أبو نصر يقول: بالضمان في الوجهين جميعًا.

ومن وجد دابة إنسان في زرعه، فأخرجها من زرعه، فجاء ذئب وأكلها، فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يضمن، وهذا القائل يقول: ليس لصاحب الزرع أن يخرج الدابة إنما له أن يأمر صاحبها بإخراجها، وقال بعضهم: إن أخرجها ولم يسقها فلا ضمان، وإن ساقها بعد ما أخرجها، فهو ضامن، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والقاضي الإمام علي السغدي، وكان الفقيه أبو نصر الدبوسي

(١) والحديث مضى تخريجه.

يقول: إن ساقها بعد ما أخرجها إلى موضع يأمن على زرعه منها، فلا ضمان، وإن كان أكثر من ذلك، فهو ضامن، والفتوى على ما اختاره الفضلي، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل في كتاب الغصب.

١٩٤٨٦ - وفي فتاوى الفضلي: سئل عن رجل أصاب في زرعه ثورين ليلاً، فساقهما إلى مربطه، وظن أنهما لأهل قريته، فأراد أن يربطهما، فدخل أحدهما المربط وهرب الآخر وتبعه، فلم يظفر به، هل لصاحبه أن يطالبه بضمانه وقيمته؟ قال: إذ لم يقدر على من يشهد على نفسه أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه لم يضمن إلا أن يكون إنما أخذه، ومن نيته أن يمنعه عن صاحبه، فيجب عليه الضمان، فقيل له: أرأيت إن كان هذا نهاراً، فقال: إن كان الثور لغير أهل القرية، كان حكمه حكم اللقطة إن ترك الإشهاد مع القدرة عليه على أنه يأخذه، أو يحبسه في مربطه ليرده على صاحبه: ضمن، وإن لم يجد من يشهده كان ذلك عذراً له، وإن كان الثور لأهل قريته، وأخرجه من زرعه، ولم يرد على ذلك، لا يضمن إذا ضاع الثور، وإن ساقه بعد ما أخرجه من زرعه ضمن؛ لأن حكم ما يكون لأهل قريته من الثيران لا يكون في النهار حكم اللقطة، وإنما يكون حكمه حكم اللقطة في الليل، أما في النهار حكمه حكم الغصب فيضمن أشهد أم لم يشهد؛ لأن الثور إذا كان لأهل قريته لا يخاف عليه الضياع في النهار، وإنما يخاف عليه الضياع في الليل.

١٩٤٨٧ - الراعي إذا وجد في سرحه بقرة أجنبية، فطردها قدر ما يخرج عن سرحه، فلا ضمان عليه.

١٩٤٨٨ - وإذا وجد في كرمه، أو زرعه دابة رجل، وقد أفسدت شيئاً، فحبسها صاحب الكرم او الزرع، فهلكت ضمن صاحب الكرم أو الزرع قيمتها؛ لأنه ليس له ولاية الحبس.

١٩٤٨٩ - إذا أدخل دابته في دار رجل بغير إذنه، فأخرجها صاحب الدار فهلكت لا يضمن، ولو وضع[1] ثوباً في بيت رجل بغير إذنه فرمي به صاحب البيت، وكان ذلك حال غيبة المالك، ضمن قيمة الثوب؛ لأن كون الدابة في بيته يضر به، فكان له دفعه عن

(١) وكان في الأصل: دفع

نفسه بإخراج الدابة، أما كون الثوب في بيته لا يضر به، فلا يكون له ولاية إخراج الثوب، فيصير بإخراجه ضامناً له.

١٩٤٩٠ - رجل له كلب عقور في قرية، كلما مر به مار عضه، فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب، فإن كان عض[1] إنساناً فقتله، فإن كان ذلك قبل التقدم على صاحبه، فلا ضمان، وإذا كان بعد التقدم على صاحبه، فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل إذا سقط، وهذه المسألة على هذا التفصيل، فهنا كذلك، ذكر المسألة في فتاوى سمرقنديات، وقد كتبناها مع مسائل أخر من هذا الجنس في كتاب الاستحسان: الجناية على الدابة، ذكر في فتاوي أهل سمرقند، قال بعض مشايخنا: إذا قطع الرجل يد دابة غيره يريد به دابة لا يؤكل لحمها ضمن قيمتها، ولا يقال: بأن على قول أبي حنيفة رحمه الله يقال لرب الدابة: إما أن تأخذها ولا تضمنه، وإما أن تدفعها إليه، وتضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن فقأ عيني عبد

والفرق أن العبد قد ينتفع به بعد فقء العينين، فلو دفعنا إلى المولى قيمة العبد يحصل له القيمة مع العبد، ونقص منافعه، أما الدابة التي قطع رجلها لا ينتفع بها بوجه من الوجوه، فهي كالهالكة، وإن كانت الدابة مأكولة اللحم، فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها، وتركها على الغاصب، وإن شاء أخذها، وضمنه النقصان، هكذا ذكر المسألة هنا.

١٩٤٩١ - وذكر في العيون: وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استهلك إنسان البغل أو الحمار بقطع يده أو بذبحه، فإن شاء صاحبه ضمنه قيمته وسلمه له، وإن شاء حبسه ولا يضمنه شيئاً، وقال محمد رحمه الله: إن كان له قيمة بعد قطع اليد، فإن شاء ضمنه ودفعه إليه، وإن شاء، حبسه وضمنه النقصان.

قيل: والفترق على قول أبي حنيفة رحمه، وهذا في غير مأكول اللحم، فأما في مأكول اللحم إذ ذبحه إنسان، فليس له أن يمسكه، ويأخذ النقصان، ولكن إن شاء أخذ قيمته، ودفعه إلى الذابح، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له.

ولو ذبح حمار غيره، فللمالك أن يمسكه، ويضمنه النقصان؛ لأن للجلد قيمة،

---

(١) وكذا في الأصل: عض.

وإن قتله قتلاً، فليس له أن يضمنه النقصان، وهذا التفصيل إنما يتأتى على قول محمد رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله، ليس له أن يضمنه النقصان في الوجهين جميعًا إن حبسه.

١٩٤٩٢ - وفي "فتاوي الفضلي": إذا قطع الرجل يد دابة إنسان، أو رجلها إن كانت لا يؤكل لحمها، فعلى الجاني قيمتها، وليس للمالك أن يمسك الدابة، ويضمنه النقصان، وإن كانت مأكول اللحم كالشاة والبعير والبقر، فكذلك في ظاهر الرواية.

وعن بعض المشايخ: أن المالك في هذا الفصل بالخيار إن شاء ضمنه جميع القيمة، ودفع الدابة إليه، وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان، والفتوى على ظاهر الرواية.

١٩٤٩٣ - وفي غصب شمس الأئمة السرخسي: إذا غصب دابة فقطع يدها أو رجلها، فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها، بخلاف ما لو غصب عبدًا أو جارية، وقطع يده أو رجله، حيث يأخذه مع أرش المقطوع من تمامه.

والفرق أن الآدمي بقطع طرفه لا يصير مستهلكًا، والدابة تصير مستهلكة بقطع طرفها، وكذلك لو كانت بقرة أو جزورًا، فقطع يدها أو رجلها، أو كانت شاة فذبحها، وهذا يؤيد ما اخترناه للفتوى.

١٩٤٩٤ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": في شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار تفقأ عين واحدة منهن، ففي البقرة ربع قيمتها، وفي البقر ربع قيمته، وفي الشاة ما نقصها به، ورد الأثر عن رسول الله ﷺ وعمر رضي الله عنه، فقضى هكذا، والمعنى فيه أن الشاة لا تمسك إلا للأكل، فصار كاللحم والحنطة ونحوهما، وهناك يعتبر النقصان غير مقدر، فكذا هنا.

وأما غير الشاة من الدواب فلها منافع كثيرة سوى الأكل وهي منفعة الركوب والحمل، فكان شبيهًا بالآدمي، فلا يوجب نصف القيمة لشبهها بالأطعمة، ولشبهها بالآدمي، أوجبنا شيئًا مقدرًا، أو إنما كان التقدير بربع القيمة؛ لأنه لا ينتفع بها إلا بأربعة أعين، فصار كما لو كان لها أربعة أعين فيجب في عين واحدة ربع القيمة، والفرس والحمار والبغل والبعير مثل البقر.

وفي "المنتقى": أن ما يحمل على ظهره، ففي عينه ربع قيمته.

وفي جنايات الحسن : لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار ، فعليه ربع جميع القيمة ، وكذلك في عين البقر التي يحمل عليها ربع القيمة ، وإن كان مما لا يعتمد عليها ، فعليه ما نقصها.

وفي نوادر هشام : في عين الفصيل والجحش في أحدهما ربع القيمة ، ولو فقأ عين شاة أو جمل أو طير أو كلب أو نور أو دجاجة أو حمامة أو نعامة ، فعليه نقص .

وقال أبو يوسف رحمه الله : عليه ما نقص في جميع البهائم .

أو شرارات من النار، واحتملت الريح منه النار حتى أرض من أحرق زرع نفسه، وذهبت النار إلى أرض غيره، فأحرقت زرع الغير، وأكله سبم، وكان النار في الموضع المبعد من ذلك الزرع، وكان يؤمن بإذن الله من تلك النار أن لا يحرق زرع الناس في أراضيهم يعني عادة، فإذا ذهبت الريح بالنار في مثل هذه الصورة، فلا ضمان، وإن كان النار يقرب من زروع الناس على وجه يحيط العلم بأن النار إذا اشتعلت في أرض صاحب النار يشتعل[1] في أرض جاره وفي زرعه ضمن صاحب النار.

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر: أنه شرط في النار مع القرب أن يكون الريح عاصفة حتى لو لم تكن عاصفة أو الزرع بعيد لا يجب الضمان.

١٩٤٩٧- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا ألقى في التنور من الحطب ما لا يحتمله التنور، فأحرق بيته، وتعدى إلى بيوت غيره، فأحرقها، ضمن كما لو أرسل في أرضه من الماء ما يعلم أنه لا يحتمله، فتعدى إلى أرض غيره، وكما لو صب على سطحه عشر قرب ماء، أو أكثر مما يحيط العلم أن الماء يسيل إلى دار جاره، فسال إلى دار جاره، وأفسد متاع جاره.

١٩٤٩٨- وفي "فتاوى الفضلي": رجل يمر في ملكه، أو في ملك غيره، وهو يحمل ناراً، فوقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان، فهو ضامن؛ لأن الاحتراق مضاف إليه لعدم تخلل الواسطة بين الحمل والوقوع على الثوب، حتى لو طارت الريح بشرارات النار، وألقتها على ثوب إنسان لا يضمن؛ لأن الاحتراق ههنا مضاف إلى الريح، كذا ذكر في "النوادر" عن أبي يوسف رحمه الله.

قال بعض مشايخنا: إن مر بالنار في موضع له حق المرور، فهبت به الريح، أو وقعت شرارة في مال إنسان لا يضمن، وإن مر بها في موضع ليس له حق المرور، حينئذ يتأتى هذا التفصيل إذ هبت بها الريح لا يضمن، وإن وقعت منه شرارة ضمن.

١٩٤٩٩- وفي "فتاوى الفضلي": حداد ضرب حديدة على حديدة محماة، فخرجت شرارة من ضربه، فوقعت على ثوب إنسان يمر في الطريق، فأحرقته ضمن الحداد، كذا ذكر ههنا، وتمامه ما ذكر في "واقعات الناطفي": حداد جالس في دكانه

---

(١) وكان في الأصل: فيشتعل.

اتخذ في حانوته كيراً يعمل به ، والحانوت إلى جانب الطريق لعامة المسلمين ، فأوقع الحداد في كيره ناراً على حديدة له ، ثم أخرجها ، فوضعها على سندانه ، وضرب عليها بما يضرب الحديد المحماة ، فطار منها ما يطير من الحديدة المحماة حتى خرج من الحانوت ، وقتل رجلاً ، أو فقأ عينه ، أو أحرق ثوبه ، أو قتل دابته ، فالحداد ضامن ، ودية القتيل والعين على عاقلة الحداد ، وقيمة الثوب والدابة في مال الحداد ؛ لأن ما طار من دق الحداد ، فهو كجناية بيده لا عن قصد ، ولو لم يدق الحداد ، ولكن احتملت الريح بعض النار عن كيره ، أو عن الحديدة المحماة ، وأخرجه إلى الطريق حتى قتلت إنساناً ، أو أحرقت ثوبه ، أو قتلت دابته ، فهذا جبار ، والضرر هدر ليس بمضمون ، وهذا لأن الريح هي التي احتملت النار هنا ، وفعل الريح ليس بجناية من الحداد ، ولو كان الحداد أوقد النار على طرف حانوته إلى جانب طريق على ما يحيط العلم ، بأن تلك النار يشتعل إلى جانبها في الطريق ، حتى أحرقت كان ضامناً على ما قدمنا .

١٩٥٠٠ - قال محمد رحمه الله في " الأصل " : وإذا اصطدم فارسان ، وقتل كل واحد منهما صاحبه ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون خطأ ، وإنه على ثلاثة أوجه : إما إن كان حرين ، وفي هذا الوجه يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه ، وهذا استحسان ، والقياس أن يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه .

وجه القياس في ذلك أن كل واحد منهما مات بفعله ، وبفعل صاحبه ، فيجب نصف دية كل واحد منهما ، كما لو جرح كل واحد منهما صاحبه ونفسه جراحة ، وكما لو حفر رجلان بئراً على قارعة الطريق ، فانهارت عليهما ، وإنما قلنا : ذلك ؛ لأنهما لما اصطدما فكل واحد منهما أولم صاحبه باصطدامه ، أولم نفسه أيضاً ، فكان موت كل واحد منهما مضافاً إلى فعله وإلى فعل صاحبه .

وجه الاستحسان : أن كل واحد منهما وإن مات بفعله وفعل صاحبه إلا أن فعله في نفسه حصل بفعل مباح وهو مشيه في الطريق ، فلا يؤثر في إهدار شيء من دمه قياساً على الماشي إذا وقع في البئر ومات ، فإنه يجب كل دية[1] على عاقلة الحافر ، ولا يهدر

---

(١) وكان في الأصل : كل الدية .

شيء من دمه وإن مات بفعله وهو المشي وبفعل الحافر ؛ لأن فعله في نفسه حصل بأمر مباح وهو المشي ، فلم يهدر شيء من دمه باعتبار فعله ، فكذا هنا .

فإن قيل في مسألة الحفر : فعل الماشي إذا لم يعلم بالبئر مباح ، وليس بتعدٍّ ، وفعل الحافر تعدٍّ ، وإضافة التلف إلى فعل هو تعدٍّ أولى ، فأضيف التلف كله إلى فعل الحافر ، فوجب كمال دية الماشي ، أما في مسألتنا هذه فعل كل واحد منهما وهو المشي في الطريق مباح ، فليس أحد الفعلين بإضافة التلف إليه بأولى من الفعل الآخر ، فأضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعله وفعل صاحبه ، فيهدر نصف دم كل واحد منهما ، ألا ترى أن فعل كل واحد منهما في نفسه وفي صاحبه لو كانا محظورين كما لو جرح نفسه وصاحبه لما لم يكن أحد الفعلين بإضافة التلف إليه بأولى من الآخر ، أضفنا التلف إليهما ، كذلك هنا .

قلنا : نعم الأمر كما قلتم : إن الفعلين استويا في الإباحة مع هذا إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى ؛ لأن إضافة التلف إلى فعل صاحبه وصاحبه باشر الإتلاف ؛ لأن فعله اتصل بأمر جائز ، وإن كان فعله مباحاً ؛ لأن مباشرة الإتلاف على الغير سبب للضمان ، سواء كان تعدياً أو لم يكن ، كالنائم إذا انقلب على إنسان وقتله ، وإضافة تلف الإنسان إلى فعله إذا كان مباحاً لا يجوز ، كما في الماشي على البعير ، فكان إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى ، وإذا أضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه ، لم يهدر شيء من دم كل واحد منهما كما في الماشي والحافر ، وإذا جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه ، فهناك فعل كل واحد منهما محظور ، وهو الجواب عما إذا حفر الرجلان بئراً على قارعة الطريق أن فعل كل واحد منهما محظور .

وإن كانا عبدين ، وباقي المسألة بحالها ، فلا شيء لأحد المولين على صاحبه ؛ لأن كل واحد من العبدين صار قاتلاً لصاحبه خطأ ، وتعلق جناية كل واحد منهما برقبته ، فإذا ماتا ، فقد هلك المحل الذي تعلق به الجناية ، ولم يخلف بدلاً ، فبطل الجناية ضرورة ، وإن كان أحدهما عبداً ، والآخر حراً ، وباقي المسألة بحالها ، فإنه يجب على عاقلة المقتول الحر قيمة العبد ، فتأخذ ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول عما زاد على

القيمة من الدية ؛ لأن كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه ، الحر قتل العبد ، والعبد قتل الحر ، وتعلق جناية العبد برقبته ، فوجب قيمة العبد على عاقلة المقتول ، فإذا مات العبد ، فقد هلك المحل الذي تعلق به الجناية ، ولكن أخلف بدلا وهو قيمته في ذمة عاقلة المقتول الحر ، فيقدر ما خلف به بدلا لاتهدر جنايته ، وبقدر ما لم يخلف بدلا يهدر جنايته .

الوجه الثاني . إذا اصطدما عمداً ، وإنه على ثلاثة أوجه : الأول : أن يكونا حرين ، وفي هذا الوجه يجب أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه ؛ لأن فعل كل واحد منهما في نفسه وصاحبه تعدٍ ، فإنه يحرم على كل واحد منهما اصطدام صاحبه في الطريق عمداً ، فأضفنا تلف كل واحد منهما إلى فعلهما ، فلم يهدر من دم كل واحد منهما شيء ، وإن كانا عبدين هدرت الجناية ؛ لما قلنا في فصل الخطأ ، وإن كان أحدهما عبداً والآخر حراً ، فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد ، وعلى العبد نصف دية الحر في رقبته ، فإذا مات ، فقد هلك ، وأخلف بدلا عن نفسه وهو نصف قيمته على عاقلة الحر ، ويستوفي ولي الحر المقتول من عاقلة الحر من نصف الدية قدر نصف القيمة ، ويبطل حقه في الزيادة ، وكذلك إذا كانا ماشيين فاصطدما .

١٩٥٠٦ - ذكر هشام في "نوادره" : لو أن رجلين مدا حبلا ، فانقطع الحبل ، سقطا وماتا ، قال : إن سقط كل واحد منهما على القفى ، هدر دم كل واحد منهما ؛ لأن كل واحد منهما سقط بقوة نفسه لما سقط على القفى ، فكان كل واحد منهما قاتلا نفسه ، وإن سقطا على الوجه وماتا ، يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما إنما سقط بقوة صاحبه لما سقط على الوجه ، فكان كل واحد منهما قتل صاحبه ، وإن سقط أحدهما على القفى ، والآخر على الوجه ، فإنه يهدر دم الذي سقط على القفى ، ووجب على عاقلته دية الذي سقط على الوجه ، وإن جاء أجنبي وقطع الحبل حتى سقطا وماتا ، يجب على عاقلة الأجنبي دية كل واحد منهما ؛ لأن الأجنبي صار مسبباً لقتل كل واحد منهما بقطع الحبل وهو متعد في هذا التسبب .

وذكر هذه المسألة في "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله : وذكر أنهما إذا تماداً ، ولم يذكر انقطاع الحبل وذكر أنهما إذا وقعا على وجوههما وماتا ، إنه يضمن كل واحد منهما دية صاحبه ، وإن وقع واحدهما على قفاه ضمن صاحب القفا دية صاحب

الوجه ، وإن قطع إنسان الحبل فوقعا على ظهرهما ضمن القاطع ديتهما ، وإن وقعا على وجوههما ففي نسخة لا يكون هذا من قطع الحبل ، وفي نسخة : هذا من قطع الحبل .

١٩٥٠٢ - وفي " فتاوى الفضلي " : تنازع رجلان في حبل واحد ، كل واحد منهما طرفا وجذبا ، فجاء ثالث ، ووضع السكين على وسط الحبل وقطع الحبل ، فسقط كل واحد منهما في جانب ومات ، لا يجب على قاطع الحبل دية ولا قصاص ؛ لأنه قصد بذلك الصلح دون الهلاك .

قيل : ويجوز أن يكون اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع الأول أنه قطع الحبل تعديًا لا على وجه الإصلاح ، وموضوع الثاني أنه قطع الحبل على وجه الخشية والإصلاح .

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول : إذا كان الحبل لغير القاطع ولم يأذن صاحب الحبل إياه في القطع يجب الضمان على كل حال ؛ لأن قطع الحبل تسبيب إلى التلف ، وإنه تعدٍّ إذا كان بغير إذن صاحب الحبل ، والمسبب إذا كان متعديًا يضمن كحافر البئر في الطريق .

وقد قيل : ينبغي أن لا يجب الضمان على قاطع الحبل على كل حال ؛ لأنهما تلفا بجذبهما ، ولولا أثر جذبهما بعد قطع الحبل لما وقعا أصلاً .

قيل : وقد ذكر في بعض المواضع في هذه المسألة خلافًا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، على قول أبي يوسف رحمه الله : يجب الضمان على القاطع إذا كان الحبل لغير القاطع ، وعلى قول محمد رحمه الله : لا ضمان على القاطع .

١٩٥٠٣ - وفي " العيون " : إذا أخذ بيد رجل ، فجذب الرجل يده ، فانقلبت يده إن كان أخذ يده للمصافحة ، لا شيء عليه من أرش اليد ، وإن كان عمدًا فمدها ، فأصابه ذلك ، ضمن أرش اليد .

١٩٥٠٤ - ولو أن صبيًا في يد أبيه جذبه إنسان من يد أبيه والأب يمسك له حتى مات ، فدية الصبي على من جذبه ، ويرثه أبوه ، فإن جذبه الرجل وجذبه الأب حتى مات فعليهما الدية ولا يرثه أبوه ؛ لأن في الوجه الأول مات بفعل الجاذب ، وفي الوجه الثاني مات بفعلهما .

١٩٥٠٥ - ولو عض ذراع رجل ، فجذب المعضوض ذراعه من فيه ، فسقط بعض أسنان العاض ، وذهب بعض لحم ذراع المعضوض ، فدية الأسنان هدر ، ويضمن العاض أرش ذراع هذا ، وهذا بخلاف ما لو كان في يدي رجل ثوب ، فتشبث به رجل ، فجذبه صاحب الثوب من يد المتشبث ، فتخرق الثوب يضمن المتشبث نصف ذلك ؛ لأن عض اليد أذى ، وكان صاحب اليد مضطرًا في نزعها بخلاف التشبث بثوبه ، وإن كان الذي جذب الثوب من ليس له الثوب ، ضمن جميع الخرق.

١٩٥٠٦ - إذا مر بنائم ، فعثر عليه برجله ، ودق ساقه ، ثم سقط عليه ، فاعورت عينه ، ثم مات الواقع ، فعلى الواقع أرش رجل النائم ، وليس على النائم في العين شيء ، وعلى عاقلة النائم دية الواقع ، فلو ماتا جميعًا ، فعلى عاقلة النائم دية الواقع ، وعلى عاقلة الواقع نصف دية النائم ؛ لأنه جنى عليه حيث وقع على ساقه ، والنائم أيضًا جنى حيث نام حين وقع هذا عليه ، فكان عليهما .

وفي البقالي . إذا عثر ماش بنائم في الطريق ، فانكسر إصبعه وإصبع النائم ، فماتا ، فعلى عاقلة كل واحد منهما ما أصاب الآخر ، وإن عطب أحدهما ، فعلى عاقلة النائم ، وإن عثر فوقع على وجهه ، فأصاب رأسه رأس النائم فانشجا ، وانكسر إصبعهما ، ضمن النائم إصبع الواقع وشجته ، وضمن الواقع إصبع النائم دون شجته ، وإن ماتا ، فدية الواقع ونصف دية النائم

١٩٥٠٧ - قال : وذكر الطحاوي أن من سقط على غيره فقتله ضمنه ، فإن مات الساقط ، فعلى عاقلته إن كان قعوده جناية .

١٩٥٠٨ - وفي فتاوى أهل سمرقند : رجل وضع سيفًا في الطريق ، فعثر به رجل ، فمات ، وانكسر السيف ، يضمن صاحب السيف ديته ، وعلى العاثر قيمة السيف ، وإن عثر على السيف ثم وقع عليه فانكسر ، ومات الرجل ، فإنه يضمن صاحب السيف دية العاثر ، ولا يضمن العاثر شيئًا ؛ لأن هذا السيف دفع العاثر إلى نفسه ، فكأن صاحب السيف فعل ذلك .

الفصل التاسع عشر
في الشهادة في القتل

١٩٥٠٩ - قال محمد رحمه الله في "الجامع": إذا شهد الواحد العدل أو شاهدان مستوران بالقتل عمداً يحبس أياماً، فإن جاء شاهد آخر عدل وإلا يخلى سبيله.

ولو شهدوا بالقتل خطأً اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يحبس، وإليه مال شيخ الإسلام؛ وقال بعضهم: يحبس، وهو اختيار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله ذكر المسألة في فتاوى الصغرى.

١٩٥١٠ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": وإذا شهد شاهدان أن فلاناً ضرب فلاناً، فلم يزل صاحب فراش، حتى مات من تلك الضربة إن كان عمداً، فقد شرط العمدية لوجوب القصاص؛ ولم يتعرض للآلة، وذكر هذه المسألة في ديات الأصل، وذكر الآلة ولم يتعرض للعمدية، فقال: إذا ضرب الرجل غيره بالسيف، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، فشهد شاهدان بذلك كان عليه القصاص، فما ذكر في "الجامع الصغير" إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه، وإن كان قول الكل، فتأويله أن يكون الآلة جارحة، وإنما وجب القصاص وإن كان من الجائز أنه مات بسبب آخر لا من الضربة؛ لأن الضربة قد ظهرت وإنها سبب صالح للموت، وسبب آخر ليس بظاهر، والحكم أبداً يحال على سبب ظاهر، وإذا صار الموت مضافاً إلى الضربة، صارت هذه الشهادة والشهادة بالقتل سواء.

ثم هذا الجواب على ما هو موضوع "الجامع الصغير" ظاهر، لا إشكال فيه؛ لأن الموت صار مضافاً إلى الضربة، وقد عرفنا العمد في الضربة بوضع المسألة، فكأنهم شهدوا بالقتل العمد، أما على ما هو موضوع الأصل مشكل؛ لأن العمدية لم تثبت على ما هو موضوع الأصل، والضرب قد يكون عمداً، وقد يكون خطأً، والخطأ لا يوجب القصاص.

مات من ضربه لا محالة لجواز أنه حدث في الجرح أمر، ومات من ذلك بل إنما يعلمون أنه مات من ضربه من حيث الظاهر؛ لأنهم لم يعرفوا له سببًا آخر؛ وهذا نظير ما قالوا في الشاهد إذا شهدوا بوراثة رجل أنه لا ينبغي للقاضي أن يكلفه على نفي وارث آخر على البتات بأن يقول: لا وارث له غيره؛ لأنه لو كلفهم ذلك لكلفهم على الكذب؛ لأنه لا علم لهم بنفي وارث آخر على البتات، وإنما علمهم بنفي وارث آخر من حيث الظاهر، كذا هنا. وكذا إذا شهد الشاهد بعين في يد غيره أنه ملك هذا المدعي، فالقاضي لا يكلف الشاهد أن يقول: إن المدعي لم يبعه، ولم يهبه من الذي في يديه، وإنما لا يكلفه به؛ لأنه لا علم له به، كذا هنا.

١٩٥١٢- وإذا قتل الرجل عمدًا، فجاء أخوه يطلب دمه وأقام البينة أنه وارثه لا وارث له غيره، وأقام القاتل بينة أن له ابنًا من القاضي لا يمكن الأخ من استيفاء القصاص، بل يتأنى في ذلك حتى يظهر صدق مقالة القاتل، وهذا لأن القاتل بهذه البينة لا يدعي الحق للابن في القصاص الذي عليه؛ لأن في زعمه أنه لا حق للأخ في القصاص، فكيف يكون مدعيًا الحق للغير في القصاص الذي عليه. وإنما ادعى قصر يده عن نفسه، فإنه متى كان للمقتول ابن لا يكون للأخ على القاتل يد، فقد ادعى القاتل على الأخ قصر يده بسبب ادعائه على الغائب وهو البنوة، فتثبت البنوة في حق قصر يد الأخ، وإن كان لا يثبت في حق غيره من الأحكام كما قلنا في الوكيل بنقل[1] الأمة والمرأة إذا أقامت الأمة عليه البينة على العتاق، أو أقامت المرأة عليه البينة على الطلاق، فإنه يثبت الطلاق والعتاق بينهما في حق قصر يد الوكيل عنهما، لا في حق أحكام أخر.

١٩٥١٣- قال محمد رحمه الله: إذا قتل الرجل وله ابنان أحدهما حاضر، والآخر غائب، وأقام الحاضر البينة على القتل فهذا على وجهين، إما أن يدعي العمد أو الخطأ، فإن كان يدعي العمد، فالقاضي لا يقضي بالقصاص ما لم يحضر الغائب بلا خلاف؛ لأن القضاء لا يفيد، فإن المقصود من القضاء الاستيفاء، والأخ الحاضر لا يستوفي إذا كان أخوه الغائب كبيرًا بلا خلاف، فلا معنى للقضاء به، لكن الحاضر أن الغائب إذا حضر، وادعى ذلك على القاتل، هل يكلف إعادة البينة على القاتل أم لا؟

---

(١) وكذا في الأصل: بنقل.

قال أبو حنيفة رحمه الله : يكلف ، وقالا : لا يكلف .

وأما إذا ادعى الخطأ ، وأقام على ذلك بينة وأخوه الآخر غائب ، فإنه يقضي بجميع الدية على عاقلة القاتل ، وإذا حضر الغائب لا يكلف إعادة البينة ، وكذلك أحد الورثة إذا أثبت على رجل دينًا لأبيه وباقي الورثة غيب ثم حضروا لا يكلفون إعادة البينة بلا خلاف .

فوجه قولهما : وهو أن القصاص أحد موجبي القتل ، فوجب أن ينتصب الأخ الحاضر خصمًا عن نفسه وعن الغائب في إثبات ذلك قياسًا على الخطأ ، وهذا لأن أحد الورثة فيما يدعي للميت ويدعى على الميت ينتصب خصمًا عن نفسه وعن شركائه ؛ لأنهم بمنزلة الوكلاء عن الميت في الخصومة كما في الخطأ ، وكما في دعوى المال وكما لو ادعى قصاصًا وجب لأبيه في حال حياته ، قلنا : والقصاص الذي وجب بقتل الأب حق يدعيه الوارث للميت ؛ لأن القصاص يجب للمورث ابتداء ثم ينتقل إلى الورثة ، ألا ترى أنه يكون موروثًا من جهته بين ورثته على فرائض الله تعالى كالدية سواء ، وكذا لو عفا المجروح عن الجناية صح عفوه ، ولو انقلب القصاص مالاً ، فإن المال يكون للميت حتى يقضى من ذلك ديونه وتنفذ وصاياه ، ولو لم يكن الأصل حقًا له ما ثبت حقه في البدل ، وإذا كان القصاص حقًا يجب للميت أولاً ، ثم يصير للورثة من جهته ، انتصب الأخ الحاضر خصمًا عن نفسه وعن الغائب في إثبات ذلك بخلاف ما لو ادعى أحد الأخوين على رجل أنه قتل عبدًا مشتركًا بينه وبين أخيه الغائب عمدًا ، وأقام ذلك بينة ، ثم حضر أخوه ، فإنه يكلف إعادة البينة ؛ لأن هنا القصاص الذي يدعيه على القاتل ليس بحق للميت ، وإنما هذا حق يجب لهما ابتداء لا من جهة الميت ، وما يدعي أحد الورثة من الحق لنفسه ؛ ولبقية الورثة ، لا من جهة الميت ، فإنه لا ينتصب خصمًا فيه عن بقية الورثة ، ألا ترى لو ادعى قتل خطأ في عبد مشترك بينهما ، وأقام بينة لا يقضي بنصيب الغائب حتى لو حضر كلف إعادة البينة بخلاف ما نحن فيه .

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله : إن القصاص الذي وجب بقتل المورث ، يجب للميت من وجه ، ويجب للوارث ابتداء من وجه ، أما يجب للميت ؛ لأن السبب وجد في حق الميت فيجب له من وجه ، وأما يجب للوارث ؛ لأن القصاص يجب بعد موت

المورث ، والمورث بعد الموت ليس من أهل الملك ، والوارث من أهل الملك فيجب للوارث ، ولهذا قالوا : بأن الوارث لو عفا للمجروح عن القصاص قبل موت المورث صح عفوه ، ولو كان يجب حقًا للميت من كل وجه ، لكان لا يصح عفوه كما لو عفا عن قصاص وجب للمورث حال حياته ، وكما لو أبرأ الغريم عن دين المورث حال حياته ، فدل أنه يجب للميت من وجه ، وللوارث من وجه .

فمن حيث إنه يجب للميت ينتصب خصمًا عن نفسه وعن صاحبه كما لو ادعى قصاصًا ، وجب لأبيه حال حياته ، ومن حيث إنه يجب للوارث ابتداء ، لا ينتصب خصمًا عن صاحبه ، كما لو ادعى قصاصًا بسبب قتل عبد مشترك بينهما ، وشريكه غائب ، فإذا كان باحد الاعتبارين ينتصب خصمًا عن أخيه الغائب ، وبالاعتبار الآخر لا ينتصب خصمًا عن أخيه الغائب ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر لم يصر خصمًا عنه بالشك والاحتمال .

وهذا بخلاف ما لو ادعى قصاصًا وجب للميت حال حياته أو دينًا ، وجب للميت حال حياته ، وأقام على ذلك بينة ، فإنه ينتصب خصمًا عن صاحبه ؛ لأن ما ادعى حق الميت من كل وجه ، فإنه حين وجب هذا الحق كان الميت أهلا للملك ، وسبب الوجوب وجد في حقه وأحد الورثة ، ينتصب خصمًا عن الباقين فيما كان حق الميت من كل وجه .

وأما القصاص الذي وجب بقتل الأب حق الأب من وجه وحق الوارث مبتدأ من وجه ، وفيما يجب لهما ابتداء لا ينتصب أحدهما خصمًا عن صاحبه ، وفيما يجب للميت ينتصب كل واحد منهما خصمًا عن صاحبه ، فلم ينتصب خصمًا عن صاحبه بالشك والاحتمال .

وعلى قياس ما ذكرنا يجب أن لا ينتصب خصمًا في الخطأ عن شريكه الغائب ؛ لأن الدية من وجه تجب للميت ومن وجه تجب للوارث ؛ لما بينا أن الدية تجب بعد موت المقتول ، وبعد الموت المقتول ليس من أهل الملك والوارث من أهل الملك ، ولهذا صح عفو الوارث عن الدية حال حياة الأب كيف ، وقد روى الخصاف عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب في الخطأ كما في العمد ، فإن أخذنا بهذا سقط السؤال ، ولئن سلمنا أن الحاضر ينتصب خصمًا عن الغائب في الخطأ فإنه ينتصب

في الخطأ؛ لأن ما يوجب أن يكون خصمًا عن أخيه راجح على ما يمنع، وقد تعذر العمل بهما، فوجب القول بالراجح.

بيانه: أن ما يوجب أن يصير خصمًا عن أخيه الغائب شيئان: أحدهما: أنه ينتصب خصمًا عنه من حيث إن الدية تجب للميت من وجه، فإن ما يجب للميت فأحد الورثة ينتصب خصمًا عن شركائه. ومن حيث إنه يجب ابتداء للوارث من وجه انتصب أيضًا خصمًا عن الغائب من وجه، ولا ينتصب خصمًا من وجه من حيث إن الغائب متى جاء وقد قبض الحاضر نصيبه من الدية والحاضر مقر أن الغائب شريكه كان للغائب أن يشاركه، ويأخذ منه نصف ما قبضه الحاضر، وإذا أخذ منه نصفه كان للحاضر أن يرجع بما أخذ منه الغائب على الغريم، فلا بد أن يتقرر كذلك حتى يثبت حقه في جميع الدية، فبهذا الاعتبار ينتصب خصمًا عن أخيه الغائب، ومن حيث إنه لا يشاركه فيما قبض، ولكن يتبع العاقلة بنصيبه، لا يثبت للحاضر الحق في جميع الدية، فدل أن ما يوجب أن يصير الحاضر خصمًا عن الغائب شيئان، وما يمنع شيء واحد، والعمل بالأمرين متعذر؛ لما بينهما من التنافي، فوجب العمل بالراجح، وسقط اعتبار المرجوح بخلاف القصاص؛ لأن ما يوجب أن يصير خصمًا عن الغائب شيء واحد، وهو أن القصاص من وجه يجب للميت، وما يمنع أن يصير خصمًا عن شريكه الغائب شيء واحد، وهو أنه من وجه يجب ابتداء للوارث، وبهذا الاعتبار لا يصير خصمًا عن صاحبه إلا بعد أن يكون له استيفاء نصيبه كما في الدية.

وليس له استيفاء القصاص حال غيبة صاحبه، فاستوى[1] ما يوجب أن يصير خصمًا عن صاحبه وما يمنع، ولا رجحان لأحدهما على الآخر، فلم ينتصب خصمًا عن صاحبه، وكان كما لو ادعى الحاضر على رجل قتل عبدًا مشتركًا بينه وبين أخيه الغائب خطأ، وأقام على ذلك بينة لا ينتصب خصمًا عن صاحبه؛ لأنه إن كان ينتصب خصمًا عنه من حيث إنه إذا حضر شاركه فيما قبض لا ينتصب خصمًا عنه متى لم يشاركه؛ لأنه متى لم يشاركه لا يثبت حقه في الجميع، فقد استوى ما يوجب وما يمنع، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بخلاف القصاص وجب للميت حال حياته؛ لأن ذلك

---

(١) وكان في الأصل: فاستوى.

القصاص يجب للميت من كل وجه بدليل أنه لا يصح عفو الوارث عن هذا القصاص، وما يجب للميت من كل وجه فإن أحد الورثة ينتصب فيه خصمًا عن الباقين، وأما القصاص الذي وجب بقتل الأب يجب للميت من وجه، وللوارث ابتداء من وجه على ما ذكرنا.

١٩٥١٤ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا حضر الورثة جميعًا، فادعوا دم أبيهم على رجلين: أحدهما غائب، والآخر حاضر، وأقاموا البينة عليهما جميعًا بالقتل عمدًا تقبل البينة على الحاضر، ويقضى عليه بالقصاص، ويقتل قبل مجيء الغائب، ولا تقبل البينة على الغائب، ولا يقضى على الغائب بالقصاص، حتى إذا جاء الغائب، وأنكر القتل تحتاج الورثة إلى إعادة البينة على الغائب، أما يقبل على الحاضر لأنها قامت على خصم، ولا تقبل على الغائب؛ لأنه ليس عن الغائب خصم حاضر، والبينة لا تسمع إلا على خصم حاضر.

وإنما قلنا: إنه ليس عن الغائب خصم حاضر؛ لأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب لا حقيقة، وإنه ظاهر، لأن الغائب لم يوكل الحاضر بالخصومة حتى ينتصب عنه خصمًا بالوكالة حقيقة، ولم ينتصب خصمًا عنه من حيث الحكم؛ لأن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب حكمًا إذا كان ما يدعي على الحاضر لا يثبت إلا بما ادعي على الغائب، بأن كان ما ادعي على الغائب سببًا لثبوت حقه على الحاضر كما لو ادعى القاتل على الأخ الحاضر أن الأخ الغائب عفا عن القصاص، فأنكر الحاضر ذلك على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

وهنا ما ادعي على الحاضر من القتل يثبت بدون ما ادعي على الغائب، فإن قتل الحاضر مما يتحقق بدون قتل الغائب، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم، فالبينة على الغائب بالقتل قامت لا على خصم حاضر، ثم يقتل، وإذا قضى بالقصاص على الحاضر لا يؤخر لغيبة الآخر، وإن كان الآخر لو حضر ربما يدلي بحجة تسقط القصاص عن الحاضر بأن ادعى الإذن من جهة المقتول، وأقام على ذلك بينة؛ لأن هذه شبهة موهومة غير محققة ولا معتبر بها.

ثم هذا الذي ذكر في الكتاب: أن الحاضر يقتل، ولا يؤخر لغيبة الغائب قول أبي

حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قولهما، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله الأول: لا يقتل الحاضر حتى يحضر الغائب، فإنه قال في كتاب السرقة: إذا شهد شاهدان على رجلين سرقة مائة درهم، وأحدهما حاضر والآخر غائب، أو أقر أنه سرق هو وفلان مائة درهم وفلان غائب، ذكر أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: الأول لا يقطع الحاضر حتى يجيء الغائب؛ لأنه ربما يدلي بحجة يسقط الحد عنه وعن صاحبه، وعلى قوله الأخر: يقطع، ولا يؤخر لغيبة الغائب، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول: يعتبر الشبهة الموهومة في درء ما يندرء بالشبهات، ثم رجع، وقال: لا تعتبر الشبهة الموهومة، وهو قولهما، فهذا على ذلك -والله أعلم-.

١٩٥١٥ - قال محمد رحمه الله في الكتاب: وإذا اختلف شاهد القتل في الأيام، أو في البلدان، بأن شهد أحدهما أنه قتله في يوم الخميس مثلاً، وشهد الآخر أنه قتله يوم الجمعة، أو شهد أحدهما أنه قتله في بلدة كذا، وشهد الآخر أنه قتله في بلدة كذا غير تلك البلدة، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن الشهادة قامت على الفعل، والشهادة متى قامت على الفعل يضرها اختلاف المكان والزمان.

وذكر الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده" في "شرح ديات الأصل": أنهما إذا اختلفا في المكان، والمكانان متقاربان كبيت صغير، فشهد أحدهما أنه رآه قتله في هذا الجانب، وشهد الآخر أنه قتله في الجانب الآخر، فإنه تقبل الشهادة استحساناً؛ لأنه يجوز أن يكون ابتداء الفعل في جانب من هذا البيت، وانتهاءه في جانب آخر، ومتى كان ابتداء في جانب، وانتهاء في جانب آخر كان الفعل واحداً، فيكون المشهود به واحداً.

وكذلك لو اختلفا في الآلة، وعلم أن الكلام في الآلة في فصول: أحدها: أن يتفقا على الآلة، بأن شهدا أنه قتله بالسيف، أو قتله بالعصا، فإن شهدا أنه قتله بالسيف إن ذكرا صفة التعمد، بأن قالا: قتله عمداً بالسيف، فإنه تقبل شهادتهما، ويقضي عليه بالقصاص؛ لأنهما شهدا بقتل واحد، والمقضي به معلوم وهو القصاص، فوجب القضاء بها، وصار الثابت بشهادة الشاهدين كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه قتله بالسيف

عمداً يقضي عليه بالقصاص ، فكذلك هذا .

وإن قالا : قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما ، ويقضي بالدية على العاقلة ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد ، والمقضي به معلوم ، وهو إيجاب الدية على العاقلة .

وإن سكت عن ذكر صفة العمد أو الخطأ ، فهذا ولو ما ذكرا صفة العمد⁽¹⁾ سواء ؛ لما ذكرنا أن القتل بالسلاح عمد ، وإن قالا : لا ندري قتله عمداً أو خطأ ، فإنه يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدية في مال القاتل ؛ لأنهما شهدا بقتل واحد فلا بد من القضاء به ، وتعذر إيجاب القصاص لاحتمال أن يكون خطأ ، والقصاص متى تعذر بشبهة الخطأ يجب الدية ، فكذلك إذا تعذر لاحتمال الخطأ ، وإذا وجبت الدية وجبت في مال الجاني ، وهذا الجواب إنما يستقيم على رواية كتاب المعاقل ؛ لأن الدية تجب على الجاني ؛ لأنه هو القاتل ، ثم يتحول إلى العاقلة بقضاء القاضي على رواية كتاب المعاقل ، فقد تيقنا وجوب الدية على الجاني ، وشككنا في نقله إلى العاقلة ، إن كان خطأ وجب النقل إليهم ، وإن كان عمداً لا يجب النقل ، فلا يجب النقل بالشك .

وهذا الذي ذكرنا أن الشهادة مقبولة جواب الاستحسان ، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالسهو والغفلة ، وسنذكر ذلك فيما إذا شهدا أنه قتله ، وقالا : لا ندري بماذا قتله ، وإن شهدا أنه قتله بعصا ، إن كان العصا صغيراً لا يقتل مثله غالباً ، فإنه تقبل الشهادة ويقضي بالدية على العاقلة عندهم جميعاً كما لو ثبت معاينة سواء شهدا بالعمد أو بخطأ أو أطلقا ؛ لأن موجب القتل بالعصا الصغير الدية على العاقلة في الأحوال كلها ، وإن كان العصا كبيراً بحيث يقتل مثله غالباً ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدا أنه قتله بالعصا الصغير ، وعندهما الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدا أنه قتله بالسيف .

الفصل الثاني : إذا شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر شهد أنه قتله بالحجر حتى اختلف الآلة لا تقبل هذه الشهادة لمعنيين : إحداهما : أن المقضي به مجهول ، فإن المقضي به القصاص إن قتله بالسيف ، والدية على العاقلة إن قتله بالعصا أو بالحجر ، ولا يدري ، فكان المقضي به مجهولاً ، والثانية : أنهما شهدا بقتلين مختلفين ؛ لأنهما اختلفا

(١) وفي الأصل : صفة العمد والخطأ سواء .

في الآلة، واختلافهما في الآلة يوجب اختلافًا في القتل؛ لأن القتل لا يتجزى ولا يتكرر، فمتى صار النفس الواحد مقتولًا بالعصا لا يتصور أن يصير مقتولًا بالسيف كما أن النفس إذا صار مقتولًا في زمان أو مكان، لا يتصور أن يصير مقتولًا في زمان آخر ومكان آخر، ثم الاختلاف في الزمان والمكان اختلاف في نفس القتل، فكذلك الاختلاف في الآلة.

وإذا شهد أحدهما أنه قتله بالسيف، وشهد الآخر أنه قتله بالسكين، أو شهد أحدهما أنه قتله بالحجر، وشهد الآخر بالعصا لا تقبل لعلة واحدة، وهي أنهما شهدا بفعلين مختلفين، ولا تجري العلة الأولى وهي جهالة المقضي به؛ لأن المقضي به معلوم وهو القصاص في الوجه الأول، والدية على العاقلة في الوجه الثاني.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه قتله بالسيف عمدًا وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله بالسكين، وقال المدعي: قد أقر بما قالا إلا أنه ما قتله إلا طعنًا بالرمح جازت الشهادة. واقتص من القاتل ذكره ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله.

الفصل الثالث: أن يشهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، ويشهد الآخر أنه قتله، وقال: لا أدري بماذا قتله لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن المقضي به مجهول، فإن المقضي به إذا كان القتل بالعصا الدية على العاقلة، والمقضي به إذا لم يعلم بماذا قتل الدية في مال القاتل كما لو شهدا بذلك، فكان المقضي به مجهولًا، وجهالة المقضي به تمنع القضاء بالشهادة.

توضيحه: أن الذي شهد بالعصا شهد بقتل هو شبه العمد والآخر شهد بمطلق القتل، ومطلق القتل يحتمل أن يكون عمدًا ويحتمل أن يكون شبه عمد، ويحتمل أن يكون خطأ، فلم يثبت الاتفاق في المشهود به، فلا تقبل شهادتهما لهذا.

الفصل الرابع: إن شهدا أنه قتله وقالا: لا ندري بماذا قتله، فالقياس أن لا تقبل هذه الشهادة، ولا يقضى بشيء، وفي الاستحسان: أن تقبل، ويقضى بالدية في ماله، ولا يقضى بالقصاص.

وجه القياس: أنهما شهدا على أنفسهما بالسهو والغفلة فإن قالا: لا ندري بماذا قتله وشهادة المغفل لا تقبل، ولأن المقضي به مجهول؛ لأنا لا ندري أنه قتله بالسيف

عمداً، فيكون الواجب هو القصاص أو خطأً، فتجب الدية على العاقلة، أو قتله بالعصا عمداً أو خطأً، فتجب الدية على العاقلة، فكان المقضي به مجهولاً، فيجب أن لا تقبل هذه الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، وشهد الآخر، وقال: لا ندري بماذا قتله.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أنهما شهدا بقتل واحد، فإن كل واحد منهما شهد بما شهد به صاحبه فكانا شاهدين بقتل واحد فلابد من القضاء بالقتل، وإذا وجب القضاء بالقتل، لم يجب القضاء بالقصاص؛ لأنه وقع الشك في وجوب القصاص؛ لأنه يجوز أن يكون بالسيف عمداً، ويجوز أن يكون قتله خطأً، فقد شككنا في إيجاب القصاص، فلا نوجبه بالشك، وتيقنا بإيجاب الدية؛ لأن القصاص سقط لاحتمال أن يكون هذا القتل خطأً، فيكون القصاص ساقطاً لمعنى جاء من جهة ولي القتيل، وفي مثل هذا يجب المال، وإن كان القتل عمداً بمنزلة القصاص بين شريكين عفا أحدهما، فههنا كذلك، وإذا تيقنا بإيجاب الدية، وجب في مال القاتل، ولم يجب على العاقلة على رواية كتاب المعاقل؛ لأن الدية تجب على القاتل، وإنما تنتقل إلى العاقلة بالقضاء، وقد وقع الشك في النقل إلى العاقلة، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف أو بالعصا، وشهد الآخر أنه قتله وقال: لا ندري بماذا قتله؛ لأن هناك أحدهما لم يشهد بما شهد به صاحبه من كل وجه بخلاف ما نحن فيه.

وقوله: المقضي به مجهول، قلنا: لا، بل هو معلوم وهو إيجاب الدية في ماله، وما قال: بأنهما أقرا على أنفسهما بالسهو والغفلة، قلنا: إنما يكون إقراراً بالسهو والغفلة لو قالا: رأينا الآلة ثم نسينا، فأما إذا قالا: لا ندري لا يكون إقراراً بالسهو لا محالة لجواز أنهما لم يريا الآلة، وإنما رأيا القتل، وقد يرى الإنسان قتل إنسان من بعيد، ولا يدري بأي آلة قتله، ويجوز أن يكون قد رآه إلا أنه نسي، فقال: لا أدري، فيكون إقراراً منه على نفسه بالسهو والغفلة، فلا نجعله إقراراً بالسهو والغفلة على أنفسهما بالشك والاحتمال.

١٩٥١٦- وإذا شهد شاهدان بالقتل خطأً، شهد أحدهما على معاينة القتل، ويشهد الآخر على الإقرار بالقتل، فإنه لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين حقيقة وحكماً، أما حقيقة؛ لأن أحدهما شهد بالفعل، والآخر شهد بالقول،

والقول والفعل مختلفان من حيث الحقيقة، فإن القول قد يحتمل الصدق والكذب، والفعل لا يحتمل الكذب، فكانا غيرين من حيث الحقيقة، وكذا من حيث الحكم؛ لأن حكم معاينة القتل إذا كان خطأ وجوب الدية على العاقلة، وحكم الإقرار بالقتل خطأ وجوب الدية في مال القاتل.

١٩٥٦٧- قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل مات، وترك ابنين، فأقام أحد الابنين بينة أن هذا الرجل قتل أباه عمداً، وأقام الابن الآخر بينة على رجل آخر أنه قتل أباه خطأ، فلا قصاص على واحد منهما، أما على الذي ادعى عليه القتل الخطأ فظاهر، وأما على الذي ادعى عليه القتل العمد فلأنه تمكن الشبهة في الأمر بسبب بيناه، وهو أن كل واحد من الابنين خصم في دعوى القتل وإثباته، وقد أثبت كل واحد منهما بينة على من أقام عليه فلا يتفرد به، والقتل في محل واحد لا يتكرر، ولا يتصور اجتماع القتلين في محل واحد أحدهما عمد والآخر خطأ، فبقي القتل مشتبهاً، أو نقول: نعمل بكلا الأمرين كلاهما؛ لأن البينات شرعت حجج الله تعالى يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن ذلك بأن يجعل كأن شهود القتل العمد عاينوه جرحه عمداً، ولم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره خطأ، وشهود قتل الخطأ عاينوا جرحه خطأ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات ولم يعلموا بجراحة غيره عمداً، فشهد كل فريق على ما عاين وشاهد، ولو كان هكذا لا يجب القصاص على العامد لمشاركة الخاطئ إياه في القتل، كذا هنا، ويقضى بنصف الدية في مال من أقام عليه البينة في ثلاث سنين.

أما وجوب نصف الدية؛ لأنه تعذر عليه استيفاء القصاص لا لمعنى من جهته، بل بدعوى صاحب الخطأ فيقضى له بحصته من الدية، وأما في مال القاتل فلأن القتل عمد من جهته، والعاقلة لا تعقل العمد، وأما في ثلاث سنين فلأن وجوبه بالقتل، والدية إذا وجبت بالقتل تجب في ثلاث سنين، وإن كان القتل عمداً كالأب إذا قتل ابنه عمداً، والنصف معتبر بالكل، وللمدعي خطأ على عاقلة من أقام عليه البينة بنصف الدية في ثلاث سنين؛ لأنه أثبت جميع الدية على عاقلة النصف لنفسه والنصف لصاحبه إلا أن صاحبه أنكر ذلك وكذب شهوده، لكن إقرار صاحبه مؤثر في حق نفسه لا في حقه، فبقي نصيبه، ولذلك بنصف الدية.

الفصل العشرون
في الصلح والعفو والشهادة في ذلك

١٩٥١٨- قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: رجل قتل رجلاً عمداً، وصالحه على الدية ولم يذكر حالاً ولا مؤجلاً فعليه الدية حالة؛ لأن هذا المال وجب بالعقد، فيجب أن يعتبر بما يجب بسائر العقود، وهي تجب حالة إلا بالشرط، فكذلك هذا، وهذا لأنه وجب عوضاً عن القصاص، فكان كثمن البيع وبدل الخلع، ألا ترى أن القصاص كان حالاً. وهذا عوض عنه فيخلفه بخلاف ما يجب بالقتل؛ لأنه ثمة قام الدليل على أنه شرع مؤجلاً، وذلك معدوم في بدل الصلح.

١٩٥١٩- ولو كان القتل خطأ فقال: صالحتك على ألف دينار، أو قال: على عشرة آلاف درهم، ولم يسم لذلك أجلاً، وكان ذلك قبل قضاء القاضي، وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية، فإنه يكون مؤجلاً؛ لأن الصلح قبل القضاء والرضاء على نوع من أنواع الدية تعيين منهما للواجب، وليس بإيجاب مبتدأ، وهذا لما ذكرنا في صدر الكتاب أن الدية أحد الأنواع الثلاثة أو أحد الأنواع الستة على حسب ما اختلفوا غير عين، فإنما يتعين حق القاتل في شيء منهما بالقضاء أو بالتراضي، فقبل ذلك حقه غير متعين، فكان الصلح منهما على الدراهم أو الدنانير تعييناً للواجب، والواجب في فصل الخطأ مؤجل شرعاً، فلا حاجة إلى تأجيلهما، أما في فصل العمد وجوب المال بإيجابهما، ولم يوجباه غير مؤجل، فيجب كذلك.

ثم الصلح في فصل الخطأ على وجهين: إما إن كان قبل قضاء القاضي وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية، أو كان بعد قضاء القاضي، أو بعد تراضيهما على نوع من أنواع الدية، فإن كان بعد القضاء بنوع من أنواع الدية أو بعد تراضيهما على نوع، فهو على وجهين: إما إن وقع الصلح على النوع الذي وقع القضاء به، أو وقع التراضي عليه، وفي هذا الوجه إن كان الصلح على أكثر من الدية لا يجوز الصلح. أما إذا كان المقضي به دراهم عشرة آلاف درهم أو دنانير ألف دينار، فاصطلحا على خمسة

عشر ألف درهم أو على ألفي وخمسمائة دينار فلا إشكال؛ لأن حق ولي القتيل تعين في الدراهم والدنانير، فإذا أخذ أكثر من حقه، يكون ربًا كما في سائر الديون من كان له على آخر دينًا دراهم أو دنانير، واصطلحا على أكثر من ذلك لا يجوز، وإنه لا يجوز لمكان الربا، وإن كان القاضي قضى بالدية مائة من الإبل فاصطلحا على مائة وخمسين إن وقع الصلح نسيئة لا شك أنه لا يجوز؛ لأنه يكون دينًا بدين، وإن كان يدًا بيد بأن كانت الإبل بأعيانها، فكذلك لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز إما بطريق المبادلة أو بطريق الزيادة(١) على الواجب أو بطريق الهبة، وتجويزه بطريق المبادلة متعذر؛ لأنه وقع على جنس الحق، والصلح متى وقع على جنس الحق لا يعتبر مبادلة، بل يعتبر استيفاء لعين الواجب؛ لأن المستوفى عين الواجب حكمًا إن كان غيره حقيقة، وإذا اعتبر استيفاء لعين الواجب صار آخذًا أكثر من الدية، والدية مقدرة شرعًا، وتقدير الشرع إما أن يمنع الزيادة والنقصان، وهذا التقدير لا يمنع النقصان، فمتى لم يمنع الزيادة لم يظهر فائدة التقدير، ولا يمكن تجويز الزيادة بطريق الهبة؛ لأنه يكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وإنه باطل، وهذا بخلاف ما لو تزوج امرأة على مائة من الإبل بأعيانها، ثم اصطلحا على مائة وخمسين من الإبل بأعيانها، فإن ذلك جائز؛ لأنه إن لم يمكن تجويزه بطريق المبادلة؛ لأن الصلح وقع على جنس الحق، فيكون استيفاء لعين حق لا مبادلة، أمكن تجويزه بطريق الزيادة؛ لأن تقدير المسمى من جهتهما لا يمنعهما من الزيادة على ما قدر، فإن الزوج لو زاد في المهر جاز بخلاف تقدير الشرع إذا لم يمنع النقصان، فإنه يمنع الزيادة حتى لا تنعدم فائدة التقدير.

٣٥٩١ - هذا إذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذي حصل به القضاء، فأما إذا وقع الصلح على أقل من جنس الحق، فإنه يعتبر إبراء عن البعض، واستيفاء للبعض، والإبراء عن البعض جائز، فيجوز نسيئة كان أو يدًا بيد؛ لأنه لا يكون صرفًا.

هذا إذا اصطلحا على جنس ما وقع القضاء به على أكثر، أو أقل نسيئة، أو يدًا بيد، فأما إذا اصطلحا على خلاف جنس المقضي به، وقد صالحه على أكثر مما قضى به، فإنه لا يجوز؛ لأن الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة، وقد أمكن

(١) وفي الأصل: بشهادة مكان الزيادة.

تجوز؛ لأنه لا تمكن شبهة الربا، مجاز؛ لأنه إذا كان المقضي به دراهم، وقد اصطلحا على دنانير أكثر منه، إنما يجوز إذا كان يداً بيد؛ لأنه يكون صرفاً، والصرف بالنسيئة باطل، وإن كان المصالح عنه فرساً أو حماراً أو عبداً، إن كان ديناً فإنه لا يجوز؛ لأن الافتراق وقع عن دين بدين وإن كان عيناً يجوز، وإن لم يقبض في المجلس؛ لأن الافتراق حصل من عين بدين فيما ليس بصرف، وإن كان صالحه على أقل من المقضي به إن كان المقضي به دنانير، والآخر دراهم، فإنه لا يجوز نسيئة، ويجوز يداً بيد؛ لأن الصلح متى وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة؛ لأنه لا يمكن أن يعتبر إبراء عن البعض وإسقاطاً للبعض، وإذا اعتبر مبادلة يكون صرفاً، والصرف لا يجوز إلا يداً بيد، وإن كان عرضاً من العروض إن كان نسيئة لا يجوز؛ لأنه يكون ديناً بدين، وإن كان بعينه يجوز، سواء قبض في المجلس أو لم يقبض؛ لأن الافتراق حصل عن دين بعين فيما ليس بصرف.

١٩٥٦٢ – هذا الذي ذكرنا إذا اصطلحا بعد القضاء والرضا، فأما إذا اصطلحا قبل القضاء والرضا، إن اصطلحا على مال فرض في الدية، وإن كان المصالح عليه أكثر من الدية، فإنه لا يجوز، وإن كان يداً بيد، وكان يجب أن يقال: إنه يجوز إن كان يداً بيد؛ لأن قبل القضاء والرضا حق ولي القتيل غير متعين، فيكون حقه في أحد الأنواع الثلاثة عندهم جميعاً، وأحد الأنواع الستة عندهما، فإذا صالح على أحد الأنواع الذي فرض في الدية، وإنه أكثر من الدية يجب أن يجعل عقداً بدلاً عن نوع آخر، وإن كان النوع الآخر منصوصاً عليه احتيالاً للجواز؛ لأن عقدهما أمكن تصحيحه في نوع منهما، هذا كما قالوا: في كفارة اليمين يجعل الطعام بدلاً عن الكسوة، والكسوة عن الطعام إذا لم يكن تجويزه عن نفسه بسبب النقصان احتيالاً للجواز، وإن كان كل واحد منهما منصوصاً عليه في كفارة اليمين؛ لأن الواجب أحدهما، فكذلك هنا متى صالحه على أكثر من عشرة آلاف قبل قضاء القاضي بالدراهم، يجب أن يجعل بدلاً عن الدنانير وعن الإبل احتيالاً للجواز؛ لأنه يحتال لجواز تصرف العاقل ما أمكن.

قلنا: إنما يحمل العقد على الجواز إذا احتمل الفساد والجواز، وكان الجواز جهة متعينة، فأما إذا كان الجواز جهتان، وليست إحداهما أولى من الأخرى، فإنه لا يمكن الحكم بالجواز، هذا كما قالوا: فيمن اشترى عبداً بألف درهم، وقبض العبد ولم

ينقد الثمن، ثم إن المشتري باع العبد المشترى مع عبد له آخر من بائعه بألف درهم ومائة، وقيمة كل واحد منهما ألف، فإنه لا يجوز البيع في العبد الذي اشتراه، وإن أمكن تجويزه بأن يصرف إلى العبد المشتري من الثمن ألف والباقي بإزاء الآخر؛ لأنه كما يجوز إذا صرفنا[1] إليه ألفا، يجوز إذا صرفنا[2] إليه ألفا ودرهما، ولا بد من تعيين إحدى الجهتين، حتى يعرف حصة كل واحد منهما من الثمن، حتى إذا وجد بأحدهما عيبا يدري بأي قدر يرد، وليست إحدى الجهتين بأولى من الأخرى، فتعذر التجويز، فكذلك هنا للجواز جهتان: إن جعلنا الدراهم بدلا عن الدنانير، جاز، وإن جعلناها بدلا عن الإبل، يجوز، وليست إحدى جهتي الجواز بأن يعين أولى من الأخرى، فتعذر[3] التجويز بخلاف مسألة الكفارة؛ لأن جهة الجواز ثمة متعينة، وجهة الفساد متعينة، فإنا متى جعلنا المؤدى عن نفسه لم يجز؛ لأنه ناقص، وإذا جعلناه بدلا عن الأخرى جاز، فحملناه على ما يجوز كمن باع كر حنطة وكر شعير على ثلاثة أكرار حنطة، فثلاثة أكرار شعير، وإذا تعذر أن يجوز بطريق المبادلة، جعلنا هنا تعيينا منهما للنوع الذي اصطلحا عليه، فإذا أخذ أكثر من ذلك لم يجز، وإن وقع الصلح على أقل من عشرة آلاف أو على أقل من ألف دينار، أو على أقل من مائة من الإبل، فإنه يجوز نسيئة كان أو يدا بيد؛ لأنه أبرأه عن البعض، واستوفى البعض، فإنه يجوز كيف ما كان، وإن وقع الصلح على جنس آخر لم يتعرض في الدية، فإنه يجوز؛ لأنه على أي الأنواع يحمل بدلا عنه، فإنه يجوز إلا أنه إذا كان نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين، وإن كان عينا جاز - والله أعلم - .

١٩٥٢٢ - قال في "الأصل": وإذا قتل الرجل عمدا، فجاء أخوه يطلب دمه، فأقام البينة أنه وارثه، لا وارث له غيره، وأقام القاتل البينة أن له ابنا، وأنه قد صالح على الدية، وقبضها منه، درأت القصاص؛ حتى أنظر فيه، وقد مر هنا، فإن جاء الابن الغائب، وأنكر الصلح، فإن القاتل يحتاج إلى إعادة البينة على الصلح، وعلى البنوة

(١) هكذا في الأصل و"ف" و"م"، وكان في "ظ": صرفا.

(٢) هكذا في الأصل و"ف" و"م"، وكان في "ظ": صرفا.

(٣) وكان في الأصل: فتعين مكان فتعذر.

الغائب وأنكر الخصم عند القاضي، فنصب الحاضر خصما عن الغائب في حق سماع البينة عليه على ما ادعى من عقد الغائب، وأراد أن يستحلف الخصم قال: يؤخر حتى يقدم الغائب هكذا ذكر وأطلق الجواب إطلاقا.

قال مشايخنا: يريد محمد رحمه الله بقوله: يؤخر حتى يقدم الغائب تأخير استحلاف البتات، فإن الحاضر لا يستحلف على البتات؛ لأنه لو استحلف على البتات، فإنما يستحلف إما باعتبار الأصالة في هذه الدعوى، أو باعتبار النيابة عن الغائب، لأن الحاضر أصل فيما ادعى عليه القتل من وجه من حيث إنه ادعى سبب ذلك على الغائب، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب، ألا ترى أن في حق سماع البينة اعتبر نائبا عن الغائب، فثبت أن الحاضر أصل في هذا من وجه من وجه نائب من وجه، فباعتبار الأصالة لا يجوز أن يستحلف الحاضر على البتات بطريق الأصالة بالقتل ما عند الغائب عن نفسه؛ لأن الاستحلاف على فعل الغير شرع على العلم لا على البتات، ولا يجوز أن يستحلف على البتات بحكم النيابة عن الغائب؛ لأن نيابة الحاضر عن الغائب في الخصومة ثبت حكما، ومعنى النيابة ثبت من جهة الغائب مقصودا بأن وكله الغائب في الخصومة مع القاتل، ولو ثبت الإنابة قصدا من جهة الغائب في الخصومة بالتوكيل صلح نائبا عنه في حق سماع البينة دون اليمين، فكذا إذا ثبت ذلك من الحاضر حكما.

١٩٥٢٤- ثم إنما جرى النيابة في حق سماع البينة ولم يجر في حق اليمين؛ لأن المقصود من البينة إثبات الحق على المدعى عليه، وهذا المقصود يحصل بالنائب، كما يحصل بالمنوب عنه، وما هو المقصود من اليمين لا يحصل بالنائب؛ لأن المقصود من اليمين أن يثبت حق المدعي بالنكول، ولا يحصل هذا المقصود متى استحلف النائب؛ لأن النائب لا يستحلف على البتات؛ لأنه يحلف على فعل الغير، وإنما يستحلف على العلم، ومتى استحلف على العلم يحلف؛ لأنه لا يكون له بذلك علم، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين، ولو استحلف الوكيل على البتات كان يمكن، فأما إذا قلنا بأن الاستحلاف لا يجري فيه النيابة، إنما كان استحلاف المدعى عليه موقوفا، وإذا كان كذلك يؤخر الاستحلاف على البتات إلى أن يقدم الغائب.

فأما إذا أراد أن يستحلف الحاضر على العلم بالله ما يعلم أن الغائب عفا ، فإنه يستحلف بحكم الأصالة لا بحكم النيابة ؛ لأنه ادعى سقوط حقه ، وإنه دعوى عليه ، وقد أمكن استحلافه على العلم بحكم الأصالة ، إن تعذر الاستحلاف على البتات بحكم الأصالة ، فيستحلف على العلم كالوارث فيما يدعي على الميت .

ويجب أن يكون الجواب فيما إذا ادعى شراء عين في يد حاضر على الغائب ، ولم يكن له بينة ، وطلب يمين ذي اليد أن يكون الجواب فيه على هذا التفصيل ، فإن طلب الاستحلاف على البتات لم يستحلفه حتى يقدم الغائب ، ثم إذا قدم الغائب ، فالقاضي يستحلفه ، فإن نكل عن اليمين بطل حقه ، وتحول نصيب الحاضر مالاً ؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار ، وإن حلف الغائب ، فالقصاص على حاله .

وإن قال القاتل لي بينة حاضرة في المصر على عفو الغائب ، فإنه يؤجل ثلاثة أيام ، ولا يستوفى منه القصاص ؛ لأنه لو ادعى البراءة عن الدين ، وقال : لي بينة حاضرة في المصر ، فإنه يؤجل ثلاثة أيام ، ولا يستوفى منه المال ، وإن كان لو استوفى الدين للحال ، ووقع الغلط في الاستيفاء ، بأن ظهر أن صاحب الدين أبرأه ، يمكنه التدارك ، فلأن يؤجل في القصاص ، وإنه لو استوفى في الحال ، ووقع الغلط في الاستيفاء لا يمكن التدارك ، كان أولى .

هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه ، وسوى بين مسألة العفو وبين مسألة الإبراء في التأجيل ثلاثة أيام ، وذكر الشيخ الإمام الأجل الزاهد أحمد الطواويسي : أن في المال يؤخر إلى آخر المجلس ، وفرق بين مسألة العفو وبين المال قال : لأن باب الدم أعظم من باب المال .

١٩٥٢٥ - وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني : أن القاضي في دعوى العفو يؤجله بقدر ما يرى ، قال : وما ذكر في الكتاب - أن القاضي يؤجله ثلاثة أيام ليس بتقدير لازم .

وقال بعض المشايخ : إن التقدير بثلاثة أيام إنما كان ؛ لأن القاضي في ذلك الزمان كان يجلس بين[1] كل ثلاثة أيام ، فإن قال بعد ما مضى ثلاثة أيام : شهودي غيب ، أو قال

---

(1) وكذا في الأصل . وفي "ب" مكان "بين" .

من الأسداء: فيعود عيب، فالقياس أن يستوفي منه القصاص ولا يؤخره، وفي الاستحسان: لا يستوفي منه القصاص إلى أن يقع في علم القاضي أنه لو كان له بينة لأقامها، لما ذكرنا أن أمر القصاص أمر عظيم لو وقع فيه الغلط والخطأ، لا يمكنه التدارك.

١٩٥٢٦ - قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قتل رجلا عمدًا، وللمقتول ثلاثة أولياء، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه عفا، فشهادتهم باطلة، وهو عفو منهما، يجب أن يعلم بأن هنا مسألتان، إحداهما: إذا كان للمقتول وليان، فشهد أحدهما على صاحبه بالعفو، والثانية: إذا كان للمقتول ثلاثة أولياء شهد اثنان منهم على الآخر بالعفو.

ومحمد رحمه الله ذكر في هذا الكتاب إحدى المسألتين: وهو ما إذا كان للمقتول ثلاثة أولياء، ولم يذكر الأخرى: وهو ما إذا كان له وليان، وإنما ذكرها في الأصل، فنبدأ بما إذا كان له وليان، وإنه على قسمين: إما إن شهد أحدهما على صاحبه بالعفو، وصاحبه لا يشهد عليه بذلك، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو، فإن شهد أحدهما على صاحبه بالعفو، فهو على خمسة أوجه. الأول: إذا صدق القاتل والمشهود عليه الشاهد في شهادته، وفي هذا الوجه العفو واقع، ويجب للشاهد في مال القاتل نصف الدية مؤجلا في ثلاث سنين، ولا يجب للمشهود عليه على القاتل شيء من الدية؛ لأن عفو المشهود عليه ثبت بإقراره، والثابت بإقرار صاحب الحق كالثابت معاينة، ولو عاينا عفو المشهود عليه كان العفو واقعًا، وسقط نصيب العافي من القصاص مجانًا وتحول نصيب الآخر مالا؛ لأنه قصاص بين شريكين عفا أحدهما، فكذلك إذا ثبت عفو المشهود عليه بإقراره.

وإن كذب المشهود والقاتل الشاهد في شهادته فالعفو واقع وسقط نصيب الشاهد من القصاص مجانًا، ويتحول نصيب المشهود عليه مالا، فيجب للمشهود عليه على القاتل نصف الدية.

أما العفو واقع؛ وذلك لأن الشاهد لما شهد بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه ونصيب المشهود عليه، فصح إقراره بسقوط القصاص في نصيبه؛ لأنه مالك

لإسقاط نصيبه، وإذا سقط نصيبه بإقراره سقط نصيب العافي، كما لو عفا الشاهد عن نصيبه، ثم يسقط نصيب الشاهد مجانًا، حتى لا يجب له نصف الدية على القاتل؛ لأنه في ذلك يدعي المال على القاتل، والدعوى على الغير لا تثبت إلا بالبينة أو بتصديق المدعى عليه، ولم توجد البينة، إما لأن شهادته بالعفو على صاحبه شهادة لنفسه بالمال، وشهادة الإنسان لنفسه لا يكون شهادة على الحقيقة، أو لأنه شهادة فرد.

وكذا لم يصدقه المدعى عليه، وهو القاتل فيما ادعى عليه من المال، فلم يثبت للشاهد المال على القاتل، وسقط نصيبه من القصاص مجانًا، وكان هذا بمنزلة ما لو قال الشاهد للقاتل: عفوتك عن نصيبي على نصف الدية، وقبلت ذلك، وأنكر القاتل، وقال: لم أقبل فإنه صح العفو، ولا يجب المال، كذا ههنا، وتحول نصيب المشهود عليه من القصاص مالًا؛ لأنه لم يوجد من المشهود عليه ما يوجب سقوط القصاص في نصيبه، لا عفو، ولا إقرار بعفو صاحبه، وإنما سقط حقه في القصاص لإقرار الشاهد أن نصيبه من القصاص ساقط، فإذا كان سقوط حقه في القصاص لمعنى جاء من جهة الشاهد وهو إقراره بسقوط القصاص في نصيبه تحول مالًا، كما لو عفا الشاهد.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين عبد بين شريكين، شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه، وكذبه العبد والمشهود عليه في شهادته، فإن للشاهد أن يستسعي العبد في نصيبه إن شاء، في قول أبي حنيفة رحمه الله، سواء كان المشهود عليه موسرًا أو معسرًا، فقد جعل نصيب الشاهد في مسألة العتق مضمونًا على العبد، وإن كان نصيب الشاهد احتبس عند العبد لمعنى جاء من جهته وهو شهادته، وههنا لم يجعل نصيب الشاهد من القصاص مضمونًا على القاتل، وإن احتبس نصيب الشاهد عند القاتل بشهادته وإنما كان كذلك، وذلك لأن نصيب الشاهد من العبد مال متقوم[1]، وقد احتبس عند العبد لمعنى من جهته لا بإعتاقه؛ فإنه لم يقر أنه أعتق نصيبه، وما احتبس من ملك صاحب العبد عند العبد لا بإعتاقه فإنه يجوز أن يتقوم على العبد، وإن جاء الاحتباس من جهة صاحب العبد كما لو كان العبد كله له، فأعتق نصفه؛ كان له أن يستسعي العبد في النصف الآخر.

---

(١) وكان في ظ و ف: منقول

يجب على القاتل شيء من الدية من هذا الوجه.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن القاتل لما كذب الشاهد في شهادته بالعفو على صاحبه، فقد كذبه فيما ادعى على القاتل من نصف الدية، وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله؛ لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط بالعفو من جهة الشاهد لا من جهة المشهود عليه، والمشهود عليه لما صدق الشاهد في شهادته، فقد أقر بذلك النصف، والمقر له بالمال إذا قال للمقر: ما أقررت ليس لي، وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان، كمن أقر لزيد بمئة درهم، فقال زيد: هي ليست لي، وإنما هي لعمرو، صار المال لعمرو، فكذلك هنا، بخلاف ما لو كذب المشهود عليه الشاهد في شهادته، فإن ما وجب للمشهود عليه من نصف الدية لا يجب للشاهد؛ لأن القاتل لم يقر بذلك للشاهد لما كذبه في شهادته.

فأما إذا لم يصدق القاتل والمشهود عليه الشاهد في شهادته، ولا كذباه في شهادته، بل سكتا، فالجواب فيه كالجواب فيما لو كذبا الشاهد؛ لأن السكوت حالة الدعوى جعل إنكارًا حكمًا، حتى تسمع البينة على الساكت على ما عرفت، وقد ادعى الشاهد على القاتل نصف الدية، وقد سكت القاتل، وادعى الشاهد على المشهود عليه أنه سقط حقه من القصاص، وقد سكت المشهود عليه، فيجعل سكوت كل واحد منهما حالة الدعوى إنكارًا حكمًا، وإذا كان سكوت من القاتل والمشهود عليه إنكارًا أو تكذيبًا للشاهد في شهادته حكمًا، كان الجواب فيه كالجواب فيما لو كذباه حقيقة.

١٩٥٢٧ - هذا إذا شهد أحدهما على صاحبه بالعفو، ولم يشهد عليه صاحبه، فأما إذا شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه عفا عن نصيبه، فهذا على وجهين: إما إن شهدا بذلك معًا بأن خرج الشهادتان منهما معًا، أو شهدا متعاقبًا على التعاقب. فإن شهدا معًا، فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه: إما أن يكذبهما القاتل في شهادتهما، أو يصدق أحدهما في شهادته، ويكذب الآخر، أو يصدقهما في شهادتهما، أو يسكت القاتل لا يصدقهما، ولا يكذبهما في شهادتهما.

فإن كذبهما القاتل في شهادتهما، فالعفو واقع، ولا يجب على القاتل شيء من

(١) وفي ظ: قتله.

الدية لواحد منهما ، وذلك لأن كل واحد منهم قد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية ، وجب له على القاتل حكماً لشهادته على شريكه ، فصح إقرارهما بسقوط القصاص ؛ لأنه إقرار على أنفسهما ، ولم يجب المال على القاتل ؛ لأنه دعوى على القاتل ، وكان هذا بمنزلة ما لو ادعى كل واحد منهما أنه عفا عن نصيبه بنصف الدية ، وادعى قبول القاتل ، وأنكر القاتل ، ولو كان كذلك سقط القصاص بإقرارهما ولم يجب المال لإنكار القاتل ، فكذلك هذا .

١٩٥٢٨ - وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالعفو على صاحبه ، ولم يشهد عليه صاحبه ، وكذبه القاتل والمشهود عليه في شهادته ؛ فإنه يجب للمشهود عليه نصف الدية ؛ لأن سقوط القصاص في نصيب المشهود عليه ثمة ما كان من جهة المشهود عليه ، فإنه لم يثبت عفوه ، ولا أقر بعفو صاحبه ، وهنا سقوط القصاص في نصيبه بإقراره أن صاحبه عفا ، فكان سقوط القصاص في نصيبه من جهته ، لكنه بدل ادعاه على القاتل ، فسقط حقه في القصاص لإقراره ولم يجب له المال على القاتل لإنكاره .

وإن صدق أحدهما في شهادته ، وكذب الآخر فصدق زيداً مثلاً ، وكذب عمرواً ، وقع العفو ، ووجب لزيد نصف الدية في مال القاتل ولا يجب لعمرو شيء على القاتل ، وذلك لأن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية ، وجب له على القاتل ، فصح إقرارهما بسقوط القصاص ، ولم يثبت المال على القاتل إلا بتصديقه ؛ لأن القاتل صدق زيداً فيما ادعى عليه من المال ، وكذب عمرواً ، فوجب لزيد عليه نصف الدية ، ولم يجب لعمرو عليه شيء ، وكان كما لو ادعى كل واحد منهما أنه عفا عن نصيبه بنصف الدية ، وقبله القاتل ، وصدق القاتل أحدهما في ذلك ، وكذب الآخر ، وهناك يجب المال للذي صدق ، ولا يجب للذي كذب شيء ، فكذلك هنا .

وإن صدقهما القاتل في شهادتهما ، فهذا على وجهين : إما أن صدقهما معاً بأن قال : صدقتما ، أو صدق أحدهما بعد صاحبه بأن قال لزيد أولاً : صدقت في شهادتك ، ثم قال بعد ذلك لعمرو : وصدقت في شهادتك ، فإن صدقهما القاتل معاً ، فالقياس أن تجب لهما على القاتل دية كاملة في ماله ، بينهما نصفان .

وفي الاستحسان : لا يجب على القاتل شيء من الدية لواحد منهما .

وجه القياس وهو أن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجب على القاتل، والقاتل لما قال لهما: صدقتما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من نصف الدية، فوجب لكل واحد منهما على القاتل نصف الدية. ألا ترى أنه لو صدق أحدهما، وكذب الآخر، وجب عليه نصف الدية للذي صدقه، فإذا صدقهما، يجب عليه نصف الدية لكل واحد منهما.

وللاستحسان عبارتان: إحداهما: أن القاتل متى صدقهما في شهادتهما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من نصف الدية من وجه وكذبه من وجه، وذلك لأنه لما صدق زيدًا في شهادته على عمرو أنه عفا، إن صدق القاتل زيدًا فيما ادعى عليه من نصف الدية، فقد كذب عمرًا فيما ادعى عليه من نصف الدية لا محالة؛ لأنه متى كان عمرو عافيًا لا يكون له على القاتل شيء، ولما صدق عمرًا في شهادته بالعفو على زيد إن صدق عمرًا فيما ادعى عليه من نصف الدية إلا أنه صار مكذبًا لزيد فيما ادعى عليه من نصف الدية لما مر، فقد صار مصدقًا لكل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه ومكذبًا له من وجه، وقد استوى الأمران معًا في حق كل واحد منهما قبل استقرار حكم التكذيب والتصديق بالسكوت عليه لما قال: صدقتما معًا، فلم يثبت من القاتل واحد من الأمرين في حق كل واحد منهما، لا التكذيب، ولا التصديق، فصار كأنه سكت، ولم يصدق واحدًا منهما، ولم يكذبهما، ولو سكت ولم يصدقهما ولم يكذبهما لم يكن عليه شيء، فكذلك هنا بخلاف ما لو صدق زيدًا، ولم يصدق عمرًا في شهادته؛ لأنه متى لم يصدق عمرًا في شهادته، لم يصر مكذبًا لزيد بعد ما صدقه، فوجب المال لزيد. فأما متى صدقهما معًا، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه، وكذبه من وجه، وقد استوى الأمران معًا، فلم يثبت واحد منهما.

هذا إن اعتبرنا تصديقه وتكذيبه إياهما معًا، وإن اعتبرنا تصديقه إياهما، ولم نعتبر تكذيبهما، لا يجب المال أيضًا، وهي العبارة الثانية لوجه الاستحسان؛ لأنه صدقهما أنهما عفوا، ومتى عفوا لا يكون لهما على القاتل شيء.

ومحمد رحمه الله يشير في الكتاب إلى هذا، فإنه قال: لما صدقهما فقد زعم أنهما عفوا بخلاف ما إذا صدق أحدهما لا غير؛ لأنه أقر بعفو أحدهما، وبعفو أحدهما

وإن صدق أحدهما في شهادته، وكذب الآخر، فهذا على وجهين: إما أن يصدق الأول منهما في شهادته ويكذب الثاني، أو يصدق الثاني ويكذب الأول، إن صدق الأول في شهادته، وكذب الثاني، فعليه دية كاملة بينهما، نصفه للأول، ونصفه للثاني، أما يجب للأول نصف الدية في مال القاتل؛ لأن الأول لما شهد بعفو صاحبه، فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية، وجب له على القاتل، وقد صدقه القاتل في ذلك. وأما يجب للثاني نصف الدية في ماله؛ لأن بشهادة الأول وجب للثاني نصف الدية في ماله؛ لأن القصاص في نصيب الثاني، إنما سقط من جهة الأول لا من جهة الثاني، فيجب للثاني نصف الدية في مال القاتل كما لو عفا، وإذا وجب على القاتل نصف الدية حكماً بشهادة الأول، لا يبطل عنه بعد ذلك بتكذيب القاتل، وكان تكذيب القاتل لغوا في حق الثاني.

١٩٥٣٠ - هذا إن صدق الأول وكذب الثاني، فأما إذا صدق الثاني وكذب الأول فإنه يجب للثاني نصف الدية ولا يجب للأول شيء، أما يجب للثاني نصف الدية على القاتل؛ لأنه كان يجب على القاتل للثاني نصف الدية لو كذبه حكماً بشهادة الأول؛ لأن شهادة الأول في حق الثاني بمنزلة عفو الأول، فإذا صدقه أولى ولا يجب للأول شيء؛ لأن الأول أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل، فصح إقراره بسقوط القصاص، ولم يجب على القاتل المال لتكذيبه.

فأما إذا صدقهما جميعاً، فهذا على وجهين: إما أن يصدقهما معاً، أو على التعاقب، فإن صدقهما معاً، فالقياس أن يجب في مال القاتل دية كاملة بينهما، وفي الاستحسان: يجب نصف الدية للثاني، ولا يجب شيء للأول.

وجه القياس: أن في تصديقهما معاً تصديق الأول، وزيادة لو صدق الأول لا غير، قد ذكرنا أنه يجب على القاتل دية كاملة بينهما.

وجه الاستحسان: وهو أنه لما صدق كل واحد منهما معاً، فقد صدق كل واحد منهما فيما ادعى عليه من المال من وجه وكذبه من وجه، فلم يثبت التصديق، ولا التكذيب على ما بينا، فصار كأنه لم يصدقهما، ولم يكذبهما، ولكنه سكت.

ولو سكت القاتل، ولم يصدق ولم يكذب كان عليه نصف الدية للثاني، فكذا

هذا .

وإن صدقهما على التعاقب ، ضمن دية كاملة بينهما نصفان سواء بدأ بتصديق الأول ثم بتصديق الثاني ، إن بدأ بتصديق الأول ، فللأول نصف الدية ؛ لأن الأول أقر بسقوط حقه في القصاص بنصف دية ، وجب له على القاتل ، وصدقه القاتل في ذلك ، ووجب للثاني على القاتل نصف الدية حكماً لشهادة الأول ؛ لأنه يجب له ذلك ، وإن كذب القاتل فإذا صدقه أولى .

وإن بدأ بتصديق الثاني فلأنه يجب للثاني نصف الدية على القاتل حكماً لشهادة الأول لو كذبه القاتل ، فإذا صدقه أولى ، فصار للثاني نصف الدية ، وصار بتصديق الثاني مكذباً للأول فيما شهد على الثاني ، فإذا صدق الأول بعد ذلك ، فقد أقر له بنصف الدية في ماله بعد ما كذبه بتصديق الثاني ؛ لأن الإقرار من المدعى عليه بعد ما كذب المدعي صحيح ، فكان عليه دية كاملة بينهما من هذا الوجه .

هذا إذا كان الدم بين اثنين ، فأما إذا كان الدم بين الثلاثة وهي مسألة الجامع الصغير : فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فهذه المسألة على أربعة أوجه : إن أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه ، وفي هذا الوجه بطل نصيب العافي وانقلب نصيب الشاهدين مالاً ، وإن كذبهما فلا شيء للشاهدين ويصير نصيب المشهود عليه مالاً ، وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية ، وهو نصيب المشهود عليه ، ويكون ذلك للشاهدين على ما بينا ، وإن صدقهما القاتل وحده غرم الدية بينهم أثلاثاً ؛ لأنه لما صدقهما ، فقد أقر لهما بثلثي الدية ، وادعى بطلان حق المشهود عليه في الثلث ، ولم يثبت ما ادعى ، فصار مالاً .

وكذلك لو شهد اثنان منهم على الآخر أنه صالح على مال وأنكر المشهود عليه إن كذبهما القاتل في شهادتهما ، فلا شيء للشاهدين ، وللمشهود عليه ثلث الدية ، ألا ترى أنهما لو شهدا بعفو بغير بدل ، وكذبهما القاتل كان على القاتل ثلث الدية للمشهود عليه في ماله ، ولم يكن للشاهدين شيء ، فكذا إذا شهد عليه بعفو ببدل ، وإن صدقهما القاتل في شهادتهما وأنكر المشهود عليه كان للشاهدين على القاتل ثلثا الدية كما لو شهدا على صاحبه بعفو بغير بدل ، وصدقهما القاتل في ذلك ، وللمشهود عليه ثلث الدية ، لا

يقصر حقه عن الثلث بشهادتهما، وذلك لأن شهادتهما قبل تصديق القاتل إياهما في شهادتهما دعوى؛ لأنهما يشهدان لأنفسهما بمال على القاتل، وشهادة الإنسان لنفسه دعوى، والدعوى لا تصير شهادة بتصديق القاتل، واعتبر بما لو شهدا بالعفو على صاحبهما بغير بدل، وأنكر المشهود عليه، وصدقهما القاتل، وهناك لم تصر دعواهما شهادة بتصديق القاتل، حتى لا يسقط نصيب المشهود عليه من القصاص مجاناً بغير شيء، كما قبل تصديق القاتل أو بعده منهم.

قال محمد رحمه الله في تعليل هذه المسألة: لأنهما يجران لأنفسهما ثلثي الدية، فلا يصدقان.

قالوا: وما ذكر محمد رحمه الله لا يكاد يصح، وذلك لأن الواحد منهم إذا ادعى الصلح، وأنكر القاتل سقط القصاص في نصيبه لإقراره بسقوط القصاص، وانقلب نصيب الآخرين مالاً قبل شهادتهما، فبشهادتهما لا يجران إلى أنفسهما ثلثي الدية؛ لأن ثلثي الدية واجب لهما قبل شهادتهما حكماً لإقرار صاحبهما بالعفو في نصيبه، إنما يثبتان بدل الصلح على القاتل لأخيهما بشهادتهما، وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، فكان يجب أن يقول: بأن للشاهدين على القاتل ثلثي الدية، وللمدعي الصلح بدل الصلح على القاتل.

وقد قال: لا شيء للواحد منهم على القاتل، وإذا لم يمكن ما ذكر تصحيحه بظاهره لابد من تأويل، فنقول: تأويله أن الشاهدين شهدا على صاحبهما بالصلح، وقد أنكر الصلح، أو سكت، ثم ادعى بعد ذلك الصلح على عرض من العروض، ومتى كان كذلك، لا يجب على القاتل شيء؛ لأن الشاهدين أقرا بسقوط القصاص في نصيبهما بثلثي دية، وجب لهما على القاتل قبل إقرار المشهود عليه بالصلح، فسقط القصاص بإقرارهما، ولم يجب المال لتكذيب القاتل إياهما، وصار القاتل مقراً للمشهود عليه بثلث الدية في ماله حكماً لإقرار صاحبيه بسقوط القصاص في نصيبهما، إلا أن المشهود عليه بالصلح ادعى الصلح على عرض، فقد كذب القاتل فيما أقر له، فلم يجب على القاتل شيء لواحد منهم.

ومحمد رحمه الله لم يذكر في الكتاب كيفية وضع المسألة نصاً، لكن بين بالتعليل

لو أراد وضع المسألة ما ذكرنا؛ لأنه علل، وقال: لأنهما يجران إلى أنفسهما ثلثي الدية، وإنما يكونان جارين إذا كان شهادتهما بالصلح قبل دعوى صاحبهما، فأما إذا كان بعد دعوى صاحبهما لا يكونان جارين إلى أنفسهما بشهادتهما ثلثي الدية؛ لأن ثلثي الدية وجب لهما قبل شهادتهما.

ومحمد رحمه الله قد بين بالتعليل كيفية وضع المسألة في بعض المواضع من كتبه.

قال محمد رحمه الله في ديات الأصل: إذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته من الدم والقتل خطأ، فشهادتهما جائزة، إذا لم يقبض الشاهدان نصيبهما من الدية.

وذكر في كتاب الصلح والمأذون من الأصل في الدين: إذا كان بين ثلاثة نفر، شهد اثنان على الثالث، أنه أبرأ عن نصيبه، أنه لا تقبل شهادتهما، فصار في المسألة روايتان، واتفقت الروايات أنه إذا شهد بعض الشركاء على البعض، أنه قبض نصيبه من الدية، أنه لا تقبل شهادتهما، سواء قبض الشاهدان نصيبهما من الدين أو لم يقبضا.

وكذلك اتفقت الروايات أنهما إذا شهدا على صاحبهما بالإبراء، وقبض الشاهدان نصيبهما، إنه لا تقبل شهادتهما، وإنما اختلف الرواية فيما إذا شهد البعض على البعض أنه أبرأ عن حصته والشاهدان لم يقبضا نصيبهما من الدين.

وجه ما ذكر في كتاب الصلح والمأذون: أنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا؛ لأنهما بشهادتهما يقطعان شركة المشهود عليه في الباقي من الدين متى قبضا، فلا تقبل شهادتهما كما لو شهدا أنه أبرأه عن نصيبه، وقد قبضا نصيبهما وقاسا[1] على ما لو شهدا على صاحبهما أنه قبض نصيبه. ودليله ما لو كان المشترك بينهم قصاصًا، فشهدا على واحد بأنه عفا لا تقبل؛ لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا؛ لأنهما يحولان نصيبهما مالًا.

وجه ما ذكر في كتاب الديات: أنهما بشهادتهما لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة في شيء مما في يد المشهود عليه؛ لأنهما زعما أنه أبرأ عن نصيبه، ولم يقبض شيئًا،

---

(١) هكذا في م، وكذا في الأصل و ف: قاسا.

حتى تثبتا لأنفسهما حق الشركة في ذلك، ولا إبطال[1] حق مشاركة تثبت للمشهود
عليه فيهما، لأنهما لم يقبضا شيئاً من الدين حتى يكون للمشهود عليه حق المشاركة فيما
قبضا، ولا يحولان بشهادتهما مالا[2] لأنفسهما بعد ما لم يكن، فإن نصيبهما كان مالا، إنما
منعا ثبوت حق المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما من الدين، والشاهد
بشهادته يثبت المانع، وذلك لا يكون إثبات حق لنفسه على الغير، ولا إبطال حق
توجه عليه للغير بشهادته.

١٩٥٣ - هذا كما ذكر في كتاب الوصايا: إن وصي الميت إن كانا اثنين فشهدا
لرجل بدين على الميت، وعلى الميت دين ظاهر، ذكر أنهما إن كانا قبضا دين المشهود له
ثم شهدا لا تقبل شهادتهما. وإن لم يكونا قبضا دين المشهود له قبلت شهادتهما، وذلك
لأنهما متى قبضا دين المشهود له، فهما بشهادتهما يدفعان مغرماً عن أنفسهما، فإنه يجب
لصاحب الدين الظاهر أن يضمنهما ما دفعا إلى من لم يكن دينه ظاهراً، فهما بشهادتهما
يبطلان ضماناً وجب عليهما من حيث الظاهر، فكانا دافعين عن أنفسهما مغرماً، فلم
تقبل شهادتهما. وإذا لم يكونا قبضا دين المشهود له قبلت شهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما
لا يدفعان عن أنفسهما ضماناً، وجب عليهما. وإنما يمنعان وجوب الضمان عن أنفسهما
في المستقبل متى قبضا إذا كان دينهما على السواء، فصحت بشهادتهما الحال، ولم يتهما
الأداء. فكذلك هذا في مسألتنا. ولو شهدا على صاحبهما أنه قبض نصيبه، فإنه لا تقبل
شهادتهما، لأنهما يجران إلى أنفسهما مغنماً، فإنهما يثبتان لأنفسهما المشاركة فيما قبضه
المشهود عليه إن لم يكونا قبضا نصيبهما، وإن كانا قبضا نصيبهما، فقد ثبت للمشهود
عليه حق أن يشاركهما فيما قبضا، فهما بشهادتهما أن صاحبهما قبض نصيبه أيضاً شهدا
يبطلان حق مشاركة ثبت له فيما في أيديهما، فكانا بشهادتهما دافعين عن أنفسهما مغرماً،
أو جارين إلى أنفسهما مغنماً، فلم تقبل شهادتهما. بخلاف ما لو كان ثمة عمد؛ لأنهما
يريدان أن يحولا نصيبهما مالا بعد ما لم يكن، فكانا شاهدين لأنفسهما بمال، فلم تقبل
شهادتهما. وبخلاف ما لو قبضا نصيبهما، ثم شهدا بالإبراء على صاحبهما؛ لأنهما

(1) هكذا في ... وكان في الأصل: إبطالا.

(2) هكذا في ... وكان في الأصل: لا يجرا لأنفسهما مالا.

شهدنا ببطلان حق مشاركة ثابت للمشهود عليه فيما قبضا من حيث الظاهر ، فأما ها هنا بخلافه على ما ذكرنا - والله أعلم - .

١٩٥٣٢ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير" : رجل قطع يد إنسان ظلماً عمداً، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم سرى إلى النفس ومات، أو شج إنساناً موضحة عمداً، فعفا المشجوج رأسه عن الشجة، ثم سرى إلى النفس ومات، يجب أن يعلم بأن هنا مسألتان: إحداهما في العمد، والأخرى: في الخطأ، وكل مسألة على وجوه: إما أن يقول المقطوعة يده: عفوتك عن الجناية، أو يقول: عفوتك عن القطع، وما يحدث منه، عفوتك عن الشجة، وما يحدث منها، أو يقول: عفوتك عن القطع، عفوتك عن الشجة ولم يقل: وما يحدث منها، فإن كانت الجناية عمداً، فقال: المقطوعة يده، أو قال: المشجوج رأسه: عفوتك عن الجناية، صح العفو، برئ من القطع أو الشجة، أو مات حتى لا يجب شيء في الحالين؛ لأن الجناية اسم عام يطلق على النفس وما دونه، فإذا قال: عفوتك عن الجناية، فكأنه قال: عفوتك عما دون النفس إن برئت، وعن النفس إن مت، ولو صرح بهذا صحت البراءة عن النفس وما دونه، كذا ههنا.

ثم تصح البراءة عن جميع المال سواء برئ أو مات، أما إذا برئ فلأن هذا، وإن كان تبرعاً إلا أنه تبرع في حالة الصحة، وإن مات من ذلك، فلأنه لا يخلو إما أن لحالة العفو حكم الصحة بأن لا يكون الغالب من مثل هذه الشجة، أو من مثل هذا القطع الهلاك على قول من يعتبر خوف الهلاك على طريق الغلبة في هذا الكتاب، أو كان يذهب المجروح في حوائجه، ويجيء على قول من يعتبر كون المريض صاحب الفراش في هذا الباب؛ لأن هذا تبرع في حالة الصحة، وإما أن يكون لحالة العفو حكم المرض بأن كان خوف الهلاك غالباً، أو كان للمجروح صاحب فراش، فلأن هذا تبرع بالقصاص، والقصاص ليس بمال، وتبرع المريض بما ليس بمال يعتبر من جميع المال؛ لأن حق الورثة لا يتعلق بما ليس بمال، والحاجز عن التبرع في حق المريض تعلق حق الورثة.

وإن قال المقطوعة يده أو المشجوج رأسه: عفوتك عن القطع، وما يحدث منه،

عفوتك عن الشجة ، وما يحدث منها ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو عفاه عن الجناية . وذلك لأن ما يحدث منه يطلق على النفس وعلى دونه ؛ لأن كلا الأمرين حدث من القطع ، ألا ترى أن من أقر فقال : لا قطع لي قبل فلان ، ولا ما يحدث منه ، ثم ادعى على المقر له قبل هذه البراءة نفسًا أو ما دون النفس ، فإنه لا تسمع دعواه ، وإذا تناول النفس وما دونه ، صار تقدير هذا العفو كأنه قال . عفوتك عن القطع إن برئت ، وعن الشجة إن مت .

وأما إذا قال : عفوتك عن القطع ولم يقل : وما يحدث من القطع ، أو قال : عفوتك عن الشجة ، ولم يقل : وما يحدث منها ، إن برئ عن القطع ، صح العفو عندهم جميعًا ؛ لأنه عفاه عن القطع ، وقد ظهر أن القطع حقه لما برئ ، فصح العفو عندهم جميعًا ، فأما إذا مات من ذلك قال أبو حنيفة رحمه الله : بأن العفو باطل ، والقياس أن يجب على المعفو عنه القصاص إلا أني أستحسن وأوجب الدية في ماله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بأن العفو جائز ، ولا شيء على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية .

وجه قولهما : إنه عفاه عن حقه فيصح العفو قياسًا على ما لو قال : عفوتك عن القطع ، وما يحدث منه ، أو عفوتك عن الجناية ، وإنما قلنا : عفاه عن حقه ؛ لأنه عفاه عن القطع ، والعفو عن القطع عفو منه ، وما يحدث منه . ألا ترى أن الإذن بالقطع جعل إذنًا بالقطع ، وما يحدث منه ، حتى إن من قال لآخر : اقطع يدي فقطعه ، ثم سرى إلى النفس لم يضمن القاطع شيئًا ، فإذا جعل الإذن بالقطع إذنًا به ، وما يحدث منه ، فكذلك العفو عن القطع يجعل عفوًا عن القطع وما يحدث منه ؛ لأن العفو إذن في الانتهاء ، فيعتبر بالإذن في الابتداء ، وإذا صار العفو عن القطع عفوًا عنه ، وعما يحدث منه صار كأنه قال : عفوتك عن القطع وما يحدث منه ، ولو صرح بهذا لم يكن على القاطع شيء سواء برئ المقطوعة يده ، أو مات ، فكذا هذا .

والدليل على أن العفو عن القطع جعل عفوًا عما يحدث منه أنه لا يجب القصاص على القاتل . ولو جعل عفوًا عن القطع لا غير لكان يجب القصاص ؛ لأنه ظهر أنه عفا عما ليس بحق له ، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة ، وحين لم يجب القصاص دل أن العفو

الصورة إلا أن الصورة المسقط كان في درء ما يدرأ بالشبهات ، ألا ترى أن المقيم إذا سافر بعد طلوع الفجر في شهر رمضان ، ثم أفطر ، فلا كفارة عليه ، وإن كان هذا السفر لا يبيح له الإفطار لقيام صورة السفر ، فكذلك هذا .

١٩٥٢٣ - هذا الذي ذكرنا إذا كانت الجناية عمداً ، فأما إذا كانت الجناية خطأً إن عفا عن الجناية وعن القطع ، وما يحدث منه صح العفو ، وسواء برئ ، أو مات إلا أنه عفا في حال له حكم الصحة ، بأن كان يخرج ويجيء ، ويذهب بعد الجناية على قول بعض المشايخ ، فإنه يعتبر من جميع المال ؛ لأن هذا تبرع مفيد حصل من الصحيح ، فيعتبر من جميع المال .

وذكر في « المنتقى » في هذه الصورة : أنه بهذه يعتبر العفو من ثلث المال ؛ لأن هذا بمنزلة قوله : إذا مت منها ، فقد عفوتك ، وإن عفا في حال يثبت له حكم المرض ، بأن صار صاحب فراش ، فإن مات من ذلك ، فإنه يصح من الثلث ؛ لأنه تبرع من المال ، فإن الواجب بالخطأ دية ، والدية مال ، وتبرع المريض بالمال في مرض موته يصح من ثلث المال .

وإن عفا عن القطع إن اقتصر[1] على القطع ، بأن برئ صح العفو بلا خلاف من جميع المال ، وإن صار نفساً ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : العفو باطل ، وكان على عاقلة القاتل الدية ، وعندهما : العفو جائز كما لو عفا عن القطع ، وعما يحدث منه إلا أنه إذا عفا في حال له حكم الصحة ، بأن كان يذهب ويجيء ، يصح من جميع المال ، وعلى قياس رواية « المنتقى » : يعتبر من ثلث المال .

وإن عفا في حال ما له حكم المرض ، بأن صار صاحب فراش يعتبر من ثلث ، ويكون ذلك وصية للعاقلة ، ولم يوجد منهم القتل ، فيمكن تصحيح هذا الإبراء بقدر الثلث بطريق الوصية للعاقلة .

وهذا الجواب لا يشكل على قول من قال من مشايخنا : إن الدية في قتل الخطأ تجب على العاقلة ابتداء ، فأما على قول من قال من مشايخنا : إن الدية[2] تجب على

(١) وفي « ظ » : « النص » مكان « اقتصر » .
(٢) زيد من « ظ » و « ف » : « ثم » .

القاتل، ثم تحمل العاقلة عن القاتل: ففيه نوع إشكال، فإنه يصير وصية للقاتل والوصية لا تصح، لكن الجواب أنهم يحتملون الدية عن القاتل[1] بطريق الحوالة على وجه يبرأ القاتل أصلاً، فيصير وصية لهم دون القاتل.

وكيف لا يشكل هذا على قول من قال من مشايخنا: إن القاتل ليس من العواقل، فأما من جعل القاتل واحداً من العاقلة، فقد قال: يبطل حصته[2] من الوصية؛ لأنها وقعت للقاتل، والصواب أنها صحيحة، وإن حصلت للقاتل؛ لأنها لو لم يصح في الابتداء يلزمنا أن نقول: بصحتها في الانتهاء؛ لأنا إذا أبطلنا ذلك رجعنا إلى العاقلة، فيسقط في الانتهاء؛ لأن من أوصى لمن يصح له الوصية، ولمن لا يصح له الوصية، صارت له الوصية، كما أوصى بثلث ماله لحي وميت، كان جميع الثلث للحي، ههنا لو لم يصح الوصية بحصة القاتل في الابتداء يعود إلى العاقلة في الانتهاء، فصححنا في الابتداء.

ثم إن محمداً بنى على هذه المسألة مسألة التزوج، فقال: امرأة قطعت يد رجل، فتزوجها الرجل على ذلك، فهنا مسألتان: إما إن كان القطع عمداً أو خطأً، كل مسألة على ثلاثة أوجه: إما إن تزوجها على القطع، أو على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية، وقد برئ من ذلك أو مات.

فإن كان القطع عمداً، وقد تزوجها على القطع، فإن برئ من ذلك، صحت التسمية، وصار أرش يده مهراً لها عندهم جميعاً، وذلك لأنه لما برئ من القطع كان القطع حقاً له، فقد تزوجها بما هو حق له؛ والتزوج على القطع، تزوج على موجب القطع كما أن العفو عن القطع يكون عفواً عن موجبه، ولو تزوجها على موجب القطع جاز؛ لأن موجب القطع هو المال، وذلك خمسة آلاف درهم؛ لأن القصاص لا يجري بين النساء والرجال في الأطراف، فصار متزوجاً لها على خمسة آلاف هي دين للزوج قبلها، فصحت التسمية، وصار ذلك مهراً لها، فإن طلقها قبل الدخول بها، يسلم لها من ذلك ألفان وخمس مائة، ورد على الزوج ألفان وخمس مائة؛ لأنه تزوجها في

(١) وفي م: على القاتل.

(٢) وكان في الأصل: حقه.

الحاصل على خمسة الآلاف ، فإن طلقها قبل الدخول بها ، يسلم لها نصف ذلك ، ويلزمها أن ترد النصف على الزوج .

١٩٥٣٤ - وهذا إذا برئ من القطع ؛ وإن مات من ذلك ، فالتسمية باطلة عندهم جميعاً بعلتين مختلفتين ، ولها مهر مثلها ، أما عند أبي حنيفة رحمه الله : فلأنه تزوجها على القطع ، والتزوج على القطع لا يكون تزوجاً على القطع وما يحدث منه ، كما أن العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القطع وما يحدث منه ، على قوله . وإذا حصل متزوجاً بها على القطع لا غير عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقد ظهر أن القطع لم يكن حقاً لما مات ، وإن حقه القتل ، فما هو حقه لم يتزوجها عليه ، وما تزوجها عليه لم يكن حقاً له ، فلم تصح التسمية عنده من هذا الوجه .

فإن قيل : يجب أن تصح التسمية ، ويكون خمسة الآلاف مهراً لها ؛ لأن التزوج على القطع تزوج على موجب القطع ، وموجب القطع خمسة الآلاف ، فصار الزوج متزوجاً لها على خمسة الآلاف على تقدير أن له عليه ذلك ، وقد ظهر أنه لم يكن ، فيجب أن يجعل مهرها خمسة الآلاف كما تزوجها على خمسة الآلاف يعتقدان أن ذلك له عليها ، ثم تصادقا أنه لم يكن لها عليها شيء من ذلك ، وهناك صار متزوجاً لها على خمسة الآلاف درهم ، فكذلك هذا .

الجواب عنه أن عن محمد أنه لو قال : تزوجتك على خمسة الآلاف التي عليك ، وهما يظنان ذلك ، وقد ظهر أنه لم يكن ، وهنا لم يقل : تزوجتك على خمسة الآلاف ، وإنما قال تزوجتك على القطع ، وذكر القطع لم يصح ؛ لأنه ظهر أن القطع لم يكن حقاً له ، وإذا لم يصح(١) ذكر القطع لم يثبت ما في ضمنه وهو خمسة الآلاف .

وعند أبي يوسف ومحمد(٢) : التزوج على القطع تزوج على القطع وما يحدث منه ، كما أن العفو عن القطع عفو عما يحدث منه ، فإذا مات صار متزوجاً لها على القصاص ، والقصاص ليس بمال ، فلا يصلح مهراً ، كما لو تزوجها على طلاق ضرتها ، أو عتق أبيها . وإذا بطلت التسمية عندهم جميعاً لعلتين مختلفتين كان لها مهر مثلها ، إذا دخل

...

(١) زيد من ظ و ب و ف .

(٢) زيد من بعض النسخ .

بها، أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول، فلها المتعة.

ثم القياس أن يجب عليها القصاص في قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان: لا يجب القصاص، وإنما تجب الدية في مالها؛ لأن التزوج على القطع عفو ببدله، فيعتبر بالعفو بغير بدل، ولو عفا عن القطع بغير بدل، ثم مات، فالقياس أن يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي الاستحسان: يجب الدية في مالها.

وعلى قولهما: صح العفو، ولم يكن عليها لا قصاص، ولا دية، فكذلك هذا.

هذا: إذا تزوجها على القطع، فأما إذا تزوجها على الجناية، أو على القطع وما يحدث منها إن برئ من ذلك، صار أرش يده مهراً لها عندهم جميعاً؛ لما مر ويسلم لها ذلك وإن كان أكثر من مهر مثلها؛ لأن التبرع بالزيادة على مهر المثل حصل في حالة الصحة، فإن مات من ذلك بطلت التسمية، وكان لها مهر مثلها، وسقط القصاص مجاناً بغير شيء، أما التسمية باطلة لأن التزوج على الجناية والقطع وما يحدث منها، يكون تزوجاً على القتل متى مات منها، فالتزوج على القتل تزوج على موجبه، وموجب قتل العمد القصاص، والقصاص لا يصلح مهراً، فبطلت التسمية، ووقع العفو مجاناً؛ لأنه عفا عن القصاص ببدل ليس بمال وهو البضع، فيقع العفو مجاناً بنفس القبول، كما لو عفا عن القصاص على ميتة أو دم، ولا ميراث لها من زوجها؛ لأنها قاتلة، وعليها عدة المتوفى عنها زوجها من نكاح صحيح.

١٩٥٣٥ - هذا إذا كانت الجناية عمداً، فأما إذا كانت الجناية خطأ، وقد تزوجها على القطع إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها؛ لما مر، فإن دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة؛ لأن العاقلة لو عقلت بعد هذا تعقل بها[1]، والعاقلة لا تعقل للجاني، وإنما تعقل عنها لغيره، فإن طلقها قبل الدخول يسلم لها نصف ذلك، وذلك ألفان وخمس مائة، وتؤدي العاقلة ألفين وخمسمائة إلى زوجها؛ لأن العاقلة لو عقلت هذا النصف، فإنما تعقل عنها للزوج، وهذا جائز.

فأما إذا مات من ذلك بطلت التسمية في قول أبي حنيفة رحمه الله، وكان لها مهر مثلها، وعلى عاقلتها دية الزوج، وإنما بطلت التسمية في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لما

---

(١) وكان في الأصل "لها" مكان "بها".

مر في قبل العمد ، وعندهما نصح التسمية وتصير دية الزوج مهراً لها ؛ لأن التزوج على القطع عندهما تزوج على القطع وما يحدث منه كما أن العفو عن القطع عفو عنه وعما يحدث منه ، ولو تزوجها على القطع وما يحدث منه ، والجناية خطأ صار دية الزوج مهراً لها عند الكل ، وكذلك هنا .

فأما إن تزوجها على القطع وما يحدث منه ، أو عن الجناية إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها ، ويسقط ذلك عن عاقلتها ، وإن مات من ذلك ، فإن الدية تصير مهراً لها ؛ لأنه لو تزوجها على الجناية ، أو على القطع وما يحدث منه ؛ فقد تزوجها على القتل ، والتزوج على القتل تزوج على موجب القتل ، فصار متزوجاً لها على الدية ، والدية تصلح مهراً ؛ وإذا صارت الدية مهراً لها تسقط عن العاقلة ، ثم ينظر إلى مهر مثلها وإلى الدية ، فإن كان مهر مثلها مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها ، سواء تزوجها بعد القطع في حال ما يجيء ويذهب ، وبعد ما صار صاحب فراش ؛ لأن الزوج لم يصر متبرعاً عليها بشيء من الدية لما كان مهر مثلها مثل الدية ، وإن كان مهر مثلها أقل من الدية إن تزوجها في حال ما يجيء ويذهب ، فالكل يسلم ، وإن جعل متبرعاً بالزيادة على مهر مثلها ؛ لأنه تبرع بها حالة الصحة ، وإذا تزوجها في حال ما صار صاحب فراش ، فإنه ينظر إن كانت الزيادة على مهر مثلها إلى تمام الدية يخرج من ثلث مال الزوج ، فإنه يبرأ العاقلة عن ذلك ، وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة وإن كان لا تخرج الزيادة على مهر مثلها إلى تمام الدية من ثلث ماله[1] ، فقدر ما يخرج من الثلث ، يسقط عن العاقلة ، ويصير ذلك وصية لهم ؛ لأنهم ليسوا بقتلة ، وهم يحملون الدية عنه ، فتكون الوصية لها من حيث المعنى وصية للعاقلة ، فيسقط عن العاقلة مهر مثلها ، وما يخرج من ثلث ماله من الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية ويردون الباقي إلى ورثة الزوج .

هذا إذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات ، فأما إذا طلقها قبل موته قبل الدخول بها ، سلم لها من ذلك خمسة آلاف ، إن كان خمسة آلاف مهر مثلها ، وتسقط عن العاقلة ، وإن كان مهر مثلها أقل من خمسة آلاف ، إن كانت الزيادة على مهر مثلها

---

(١) زيد من بقية النسخ .

إلى تمام خمسة آلاف ، تخرج من ثلث ماله ، فكذا تسقط عن العاقلة خمسة آلاف ، وإن كان لا يخرج ، فبقدر ما يخرج من الثلث ومقدار مهر مثلها يسقط عن العاقلة ، ويردون الباقي إلى ورثة الزوج ، وكذلك إذ تزوجها على الجناية ، فالجواب فيه من أوله إلى آخره كالجواب فيما إذ تزوجها على القطع وما يحدث منه .

إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف : في رجل قتل عمدًا وله وليان ، فصالح أحد الوليين القاتل عن جميع الدم على خمسين ألفًا ، قال : للذي صالح خمسة وعشرين ألفًا ، وللآخر خمسة آلاف .

ابن سماعة عن محمد : رجل شج رجلا موضحتين ، ثم عفا المشجوج عن إحدى الشجتين ، وما يحدث منهما ، ثم مات منهما ، قال : إذا كان ذلك بإقرار من الشاج ، فعليه الدية في ماله ، ولا يجوز له العفو ؛ لأنه وصية ، ولا وصية لقاتل ، وإذا كان ذلك منه ، فهو وصية للعاقلة فيجوز ، ويرفع عنهم نصف الدية إن كان يخرج ذلك من الثلث ، وإن كانت الشجتان عمدًا والمسألة بحالهم ، فلا شيء على الجاني ؛ لأن العفو من أحدهما عفو عنهما كأنه عفا عن نصف النفس .

١٩٥٣٦ - رجل شج رجلا موضحة عمدًا ، فعفا له عنها ، وما يحدث منها ، ثم شجه أخرى عمدًا ، فلم يعفُ عنها ، فعلى الجاني الدية كاملة في ثلاث سنين ، إذا مات منهما جميعًا من قبل أنه وجب بالجناية الثانية نصف الدية ، ولا قصاص عليه فيها من قبل أنه قد عفا عن الأولى ، فلما بطل عنه القصاص ، وصارت الثانية مالا صارت الأولى أيضًا مالا ، ولم يجز العفو ؛ لأنه لا وصية له .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مثل هذه الصورة : أن على الجاني نصف الدية .

١٩٥٣٧ - رجل قتل رجلا عمدًا ، وقضى لوليه[1] بالقصاص على القاتل ، فأمر الولي رجلا بقتله ، ثم إنه طلب من الولي أن يعفو عن القاتل ، فعفا عنه ، فقتل المأمور وهو لا يعلم بالعفو ، قال : عليه الدية ، ويرجع بذلك على الآمر ؛ لأن الآمر غارٍ .

---

(١) هكذا في "ظ" و "ف" و "م" ، وكان في الأصل : للولي .

١٩٥٣٨ - امرأة قتلت رجلاً خطأً، فتزوجها ولي المقتول على الدية التي وجبت على العاقلة، فذلك جائز، والعاقلة برئت، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية.

١٩٥٣٩ - رجل شج رجلاً موضحة عمداً، فصالحه المشجوج من الموضحة، وما يحدث منها على مال مسمى، وقبضه، ثم شجه رجل آخر موضحة عمداً، ومات من الموضحتين، فعلى الآخر القصاص، ولا شيء على الأول، وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعد ما شجه الآخر. قال أبو الفضل: قد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب إزالة القصاص عن الآخر إذا كان شجه بعد صلح الأول.

١٩٥٤٠ - رجل شج رجلاً موضحة عمداً، وصالحه منها ومما يحدث منها على عشرة آلاف درهم، وقبضها، ثم شجه آخر خطأً، ومات منهما، فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته، ويرجع الأول في مال المقتول بخمسة آلاف درهم، وإن كانت الشجتان عمداً، جاز إعطاء الأول، وقتل الآخر.

١٩٥٤١ - ابن سماعة عن محمد: في رجل جرحه رجلان جراحة عمداً، وعفا عن أحدهما، ثم مات من الجراحتين، قال: فلورثته أن يقتلوا الآخر؛ لأن دماءهما كان حلالاً للمجروح ساعة عفا، ألا ترى أنه لو قتلهما لم آمر ورثته حتى أنظر ما يصير إليه حاله، ألا ترى أن ولي المجروح لو قتلهما لم أقتله بهما حتى أنظر ما يصير إليه حاله، ولو كنت إنما أوجبت الدم للمجروح بعد موته لأن عفوه ساعته باطلاً، ولكن لو جرحه رجل جراحة عمداً وعفا عنه، ثم جرحه آخر جراحة عمداً، فلم يعف عنه حتى مات منهما، فلا قود على الباقي، والله أعلم.

١٩٥٤٢ - بشر بن سماعة: عن جماعة كانوا يرمون على كلب عقور، فأخطأ واحد منهم، فأصاب صغيرة، فماتت، وعرف أن هذا سهم فلان، ولكن لم يشهد أحد أنه رماه فلان، فصالح الأب صاحب السهم على كرمه، ثم طلب المصالح رد الصلح، قال: إن كان يعلم أن المصالح هو الذي جرحها، فالصلح ماض، وإذا لم يعلم غير معرفة السهم، فالصلح باطل؛ لأنهما إنما اصطلحا بعد الشهادة، وكأنهما اصطلحا على ما هو ثابت بالشهادة، ولم يثبت بهذه الشهادة شيء، فلم يعلم أن الجارح صاحب السهم.

الفصل الحادي والعشرون

في دعوى الولي العمد أو الخطأ وتصديق المدعى عليه إياه في ذلك أو تكذيبه ويدخل فيه اختلاف الشاهدين

١٩٥٤٤ - الأصل إن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل إذا كان لمعنى من جهة الولي لا تجب الدية، وإذا كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحساناً، وهذا لأن القياس يأبى وجوب الدية بمقابلة الآدمي لانعدام المماثلة بين المال والآدمي، وإنما عرفنا وجوب الدية في فصل الخطأ، والخطأ معنى في القاتل، ففي كل موضع تعذر استيفاء القصاص لمعنى في القاتل كان في معنى المنصوص فيلحق به، وفي كل موضع تعذر استيفاء القصاص لا لمعنى في القاتل لم يكن في معنى المنصوص فيرد إلى ما يقتضيه القياس، جئنا إلى بيان الأصل، فنقول: إذا ادعى الولي الخطأ، وأقر القاتل بالعمد لا تجب الدية، وإذا ادعى الولي العمد، وأقر القاتل بالخطأ تجب الدية استحساناً. وإنه يخرج إلى الأصل الذي قلنا.

فرع على ما إذا ادعى الولي الخطأ، وأقر القاتل بالعمد فقال: لو صدق الولي بعد ذلك القاتل، وقال: إنك قتلته عمداً، فله الدية على القاتل. وعن أبي يوسف في "النوادر": إذا ادعى الولي الخطأ، وأقر القاتل بالعمد، فعلى القاتل الدية. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: إذا ادعى الولي بخلاف ما أقر به القاتل، فقد أبرأ القاتل المدعى عليه عما أقر به له.

١٩٥٤٥ - قال محمد في "الزيادات": رجل ادعى على رجلين أنهما قتلا وليه عمداً بحديدة وله عليهما القصاص فقال: أحدهما صدقت، وقال الآخر: ضربته أنا بالعصا خطأ، فإنه يقضي لولي القتيل عليهما بالدية في مالهما في ثلاث سنين.

وهذا الذي ذكره هنا استحسان، والقياس أن لا يقضي عليهما بشيء، ذكر القياس والاستحسان في ديات "الأصل".

وجه القياس: أن ما ادعاه الولي من القصاص لم يقض به ما لا يصح، فلأن لا يقضى بما لم يدع وهو البدل كان أولى، ووجه الاستحسان: ما ذكرنا أن تعذر استيفاء القصاص إذا كان بمعنى من جهة القاتل تجب الدية، وهنا تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة القاتل؛ لأن الفعل وقع مشتركا في محل واحد بالدفع الكل، فدعوى أحدهما الخطأ كدعواهما، فهو بمعنى قولنا تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة القاتل، فلهذا وجبت الدية، ووجبت في مالهما؛ لأنه وجبت بالاعتراف، وما يجب بالاعتراف لا تتحمله العاقلة على ما عرف، ووجبت في ثلاث سنين؛ لأنه بدل الدم، وبدل الدم لا يستوفى إلا في ثلاث سنين على ما عرف.

ولو ادعى الولي الخطأ في هذه الصورة، وأقرا بالعمد لا يقضى بشيء؛ لأن تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة الولي، وهو دعواه الخطأ، وقد ذكرنا أن تعذر استيفاء القصاص إذا كان لمعنى من جهة الولي لا يجب المال، بخلاف الفصل الأول على ما ذكرنا.

توضيح الفرق بين الفصلين: أن العمد قد يؤول مالا، فإن الولي إذا صالح القاتل عن القصاص على مال يجوز، ويجب المال، وأما الخطأ فلا يؤول قصاصا بوجه من الوجوه، فلأنه إذا ادعى الولي العمد، وأقر بالخطأ يمكنه أن يرجع إلى تصديقهما، فيقول: حقي في القصاص، ولكن تعذر الاستيفاء لإنكارهما، فأرجع إلى تصديقهما، وآخذ المال؛ إذ يجوز أن ينقلب القصاص مالا، وأما إذا ادعى الولي الخطأ، وأقر بالعمد لا يمكنه أن يرجع إلى تصديقهما؛ لأن الخطأ لا ينقلب قصاصا، ولا يمكنه استيفاء ما ادعى لإنكارهما ذلك، فلا يجب شيء.

فلو ادعى الولي الخطأ في هذه الصورة وأقر بالخطأ كما ادعى تجب الدية، وفي هذا الفصل نوع إشكال، فإنه كما تعذر استيفاء القصاص هنا لمعنى من جهة القاتل تعذر لمعنى من جهة الولي وهو دعواه الخطأ، ألا ترى أنه لو ادعى الخطأ وأقر بالعمد لم يمكنه استيفاء القصاص، ومع هذا أضافه محمد رحمه الله على القاتل حتى حكم بوجوب الدية، والجواب أن يقال: إضافته على القاتل أولى؛ لأن الحكم إنما يحال على السبب الموجب لا على ما ليس بموجب، والإقرار من القاتل موجب، أما الدعوى من المدعي

إلى الواجب ، فكان إحالة انعدام الوجوب على عدم السبب الموجب أولى .

ولو ادعى الولي الخطأ عليهما في هذه الصورة ، فأقر أحدهما بالعمد ، والآخر بالخطأ ، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر بالخطأ سواء ؛ لأن إقرار أحدهما بالخطأ كإقرارهما على ما ذكرنا .

ولو ادعى الولي العمد عليهما ، وصدقه أحدهما في ذلك ، وأنكر الآخر القتل أصلاً ، فللولي أن يقتل المقر ؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه ؛ لأن الولي ادعى القصاص عليهما ، والمقر أقر بالقصاص عليه ، فلهذا كان له أن يقتل المقر .

ولو ادعى الولي الخطأ عليهما ، أو أقر أحدهما بالعمد ، وأنكر الآخر القتل ، فلا شيء على المقر ؛ لأن تعذر استيفاء القصاص من المقر هنا كان لمعنى من جهة الولي وهو دعواه الخطأ .

ولو قال رجل لرجل : قتلت أنا وفلان وليك عمداً ، وقال فلان : قتلناه خطأً ، وقال الولي للمقر بالعمد : أنت قتلته وحدك عمداً ، فإن للولي أن يقتل المقر بالعمد ؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه ، لما ذكرنا ، ولم يثبت شركة الآخر ، كما أنكر الولي الشركة ، فلا تثبت الشبهة ، وإن ادعى الولي الخطأ في هذه الصورة لا يجب شيء ؛ لأن تعذر استيفاء القصاص كان لمعنى من جهة الولي وهو دعواه الخطأ .

١٩٥٤٦ - رجل قطع يده ورجله ، ومات منهما ، فقال رجل : قطعت يده عمداً ، وفلان قطع رجله عمداً ، ومات من ذلك كله ، وقال الولي : لا ، بل قطعت ذلك كله عمداً ، فإن للولي أن يقتله ؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه ، ولم يثبت الشركة لما أنكر الولي ذلك ، فلا تثبت الشبهة ، وإن قال الولي : لا أدري من قطع رجله لا يكون له أن يقتل المقر له ؛ لأن الولي لما أبهم الشريك وجهله ثبتت الشركة مع الشبهة إذ الشريك المجهول يجوز أن يكون صبياً أو مجنوناً لا قصاص عليهما ، وشركة من لا قصاص عليه شبهة مسقطة للقصاص ؛ ولأن الولي بتجهيل الشريك صار مدعياً المال ، ودعوى المال إسقاط للقصاص ، ولا يجب الدية أيضاً على المقر ؛ لأن تعذر استيفاء القصاص إنما كان لمعنى من جهة الولي ، وهو إبهام الشريك ودعوى المال .

فإن أزال الولي الجهالة بعد ذلك ، وقال : فلان قطع رجله معك عمداً ، وفلان من

يجب عليه القصاص ، إلا أنه يكون القطع ، صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر ؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه ما أراد الولي الاستيفاء . والقياس أن لا يصح منه هذا البيان ، ولا يكون له أن يقتل المقر لمكان التناقض ، إلا أنا استحسنا ، وقلنا : بأنه يصح بيانه ؛ لأن الإنسان قد لا يعرف قاتل أبيه خصوصاً عند كثرة القتلى ، فيجهله ، ثم يعرفه فيتبعه ، فكان معذوراً في هذا التناقض ، ومثل هذا التناقض لا يمنع صحة البيان وصحة الدعوى ، كما في دعوى النسب ودعوى الحرية .

قال مشايخنا : وهذا إذا بين الولي قبل أن يقضي القاضي ببطلان حقه في القصاص قبل المقر ، حتى قال : لا أدري من قتل وليي . فأما إذا قضى بذلك ، ثم بين لا يصح بيانه ، ولا يكون له أن يقتل المقر ؛ لأنه حين قضى ببطلان حقه ، فقد قضى وله ولاية الإبطال شرعاً ، فنفذ قضاؤه فلا يرتفع حكم ذلك الإبطال بما يعترض بعد ذلك كالقاضي إذا فسخ البيع بسبب إباق العبد المبيع قبل القبض ، ثم عاد العبد من الإباق ، فإنه لا يرتفع حكم ذلك الفسخ ، كذا هنا .

١٩٤٤٧ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف : رجل قال لرجل : أنا قتلت وليك عمداً ، فصدقه وقتله ، ثم جاء آخر وقال : أنا قتلته وحدي ، وصدقه الولي ، فعليه الدية للذي قتله ، وله على الآخر الدية .

١٩٤٤٨ - قال محمد في الزيادات أيضاً : رجل ادعى على رجلين أنهما قتلا وليه عمداً بالسيف ، وله عليهما القصاص ، فأقر أحدهما أنه قتله وحده عمداً ، وأنكر الآخر القتل ، فشهد شاهدان على الآخر أنه قتله وحده عمداً كان للمدعي أن يقتل المقر ، وليس له أن يقتل المشهود عليه ، وإنما بطلت شهادة الشهود ، وإنما بطلت شهادة الشاهدين ؛ لأن المدعي كذبهما في بعض ما شهدا به ؛ لأنهما شهدا أن كل القتل وجد من المشهود عليه ، والمدعي يدعي أنه وجد منه نصف القتل ، فصار مكذباً ، والتكذيب يوجب بطلان الشهادة ، وإنما كان له أن يقتل المقر ، وإن كذب المقر في بعض ما أقر به ؛ إلا أن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يبطل الإقرار بالباقي ، وفي حكم القصاص لا فرق بين قتل الجماعة وبعضهم عند العلماء ؛ ولهذا وجب القصاص على الجماعة .

• فرق محمد رحمه الله بين الشهادة والإقرار إذا ادعى المدعي القصاص بجهته ،

والشاهدان شهدا له بالقصاص بجهة أخرى .

بيانه : وهو أن المدعي ادعى القصاص بجهته ، ولو انقلب مالا بوجه ما ، أو كان خطأ ، يجب نصف الدية على المشهود عليه ، والشاهدان شهدا بالقصاص بجهة لو انقلب مالا ، وجب على المشهود عليه كمال الدية ، فقد وقع الاختلاف بين المدعي وبين الشاهدين في الجهة ، أكثر ما في الباب أنهم اتفقوا في المقصود وهو القصاص ، ولكن لا عبرة للمقصود في الشهادة إنما العبرة لاتحاد الجهة ، ألا ترى أنه لو ادعى رجل عبدًا في يدي رجل أنه له اشتراه من أبيه ، فشهد شاهدان أنه عبده ورثه من أبيه ، فالقاضي لا يقضي له بالعبد ، وإن اتفقوا فيما هو المقصود من الملك لهما ، لأنهم اختلفوا في الجهة ، وهكذا نقول في فصل الإقرار : إنه وجد الاختلاف بين المدعي والمقر في الجهة ، ولكن الاختلاف في الجهة في الإقرار لا يمنع الاستيفاء إذا اتفقوا في المقصود ، ألا ترى أنه لو قال لغيره : لي عليك ألف درهم من جهة الغصب ، فقال المدعى : بل هي من جهة القرض كان له أن يستوفي الألف ، كذا هنا .

ولو كان مكان القتل العمد قتل الخطأ ، وباقي المسألة بحالها لا شيء على المشهود عليه من الدية لبطلان الشهادة بالتكذيب ، وعلى المقر نصف الدية ، وإن أقر بالكل ؛ لأنه رد إقراره بالنصف ، فارتد وبطل .

ثم عاد إلى فصل العمد ، فقال : لو أقر أحد المدعى عليهما أنه قتله وحده عمدًا ، وأنكر الآخر القتل ، ولا بينة للمدعي كان للمدعي أن يقتل المقر ؛ لأن إقراره لم يبطل بتكذيب المدعي في نصف القتل ، بقي إقراره في نصف القتل ، وقد صدقه ، وإنه يكفي لوجوب القصاص عند التعمد ، فلهذا كان له أن يقتل المقر .

١٩٥٤٩ - وفيه أيضًا : رجل قتل مقطوع اليدين ، فادعى وليه أن فلانًا قطع يده اليمنى عمدًا وفلانًا قطع يده اليسرى عمدًا ، ومات منهما ، فقال المدعى عليه قطع يده اليسرى : أنا قطعت يده اليسرى عمدًا ، ومات منه خاصة ، وأنكر الآخر ، كان له أن يقتل المقر لما قلنا ، وإن قال الولي : قطع فلان يده اليسرى عمدًا ، ولا أدري من قطع يده اليمنى إلا أنها قطعت عمدًا ، ومات من القطعين ، وقال المدعى عليه قطع اليد اليسرى : أنا قطعت يده اليسرى عمدًا ، ومات منها خاصة لا شيء على المقر ؛ لأن ما

أقر به لا يدعي له، وما ادعى عليه لم يقر به.

بيانه: وهو أن المقر بالقصاص والولي ادعى المال؛ لأن إبهام الشريك ينفي وجوب القصاص بجواز أن يكون الشريك من لا قصاص عليه كالمجنون وغيره، فحصل[1] الولي يدعي عليه نصف الدية، وهو قد أقر بالقصاص. فهو نظير ما لو ادعى الولي على رجل قتل الخطأ، وأقر المدعى عليه بقتل العمد. وهناك لا شيء على المقر، وقد مر ذلك فيما تقدم، فهنا كذلك.

ولو قال الولي: قطع فلان يده اليمنى عمداً وفلان يده اليسرى عمداً، ومات منهما، وقال المدعى عليه قطع يده اليسرى: قطعت أنا يده اليسرى عمداً ولا أدري من قطع اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمداً، ومات منهما، فلا قود عليه؛ لأن ما أقر بالقصاص لما أبهم الشريك بقي مجرد الدعوى، وبمجرد الدعوى لا يثبت شيء، وعليه نصف الدية استحساناً. والقياس أن لا يلزمه شيء من الدية؛ لما قلنا: من المخالفة بين ما أقر به، وبين ما ادعى الولي عليه.

وجه الاستحسان: أن الولي ادعى عليه القصاص، وهو أقر بنصف الدية على نفسه حيث أبهم الشريك، والولي إذا ادعى القصاص، وأقر المدعى عليه بالدية، يجب الدية استحساناً.

١٩٥٥٠ - وفيه أيضاً: رجل ادعى على رجل أنه شج وليه موضحة عمداً، ومات منه، وجحد المدعى عليه ذلك، فجاء المدعي بشاهدين، فشهدا بالموضحة والموت منه كما ادعاه المدعي قبلت الشهادة، وقضى القاضي بالقصاص للمدعي، وهذا ظاهر؛ لأن الجرح باتصال الموت به يصير نفساً على ما عرف، فالمدعي بدعوى الموت يدعي النفس، والشاهدان شهدا بالنفس أيضاً، فقبلت الشهادة، وقضي بالقصاص لهذا.

ولو شهدا بالموضحة والبرء منه قبلت الشهادة على الموضحة، وقضي بالقصاص في الموضحة؛ لأنهما اتفقا على الشهادة بالموضحة كما ادعاه المدعي إلا أن المدعي ادعى زيادة شيء لم يشهدا به وهو السراية، فهذه شهادة ببعض ما ادعاه المدعي، ومثل هذه الشهادة مقبولة.

(١) هكذا في خ و م. وكان في الأصل: فيجعل

وقالا في الكتاب: ألا ترى أن الموضحة لو كانت خطأً كان الولي مدعيًا خمسة آلاف درهم، والشهود شهدوا بخمس مائة، وهذا لا يكون قدحًا في شهادتهم أورد هذا البيان أن الشهادة بالموضحة وإن كانت شهادة ببعض ما ادعاه المدعي، وأن الشهادة ببعض ما ادعاه المدعي مقبولة.

ولو شهد أحد الشاهدين بالموضحة والموت منها كما ادعاه المدعي، وشهد الآخر بالموضحة والبرء، قبلت شهادتهما على الموضحة، وقضي بالقصاص في الموضحة؛ لأن المدعي ادعاها، والشاهدان شهدا بها لفظًا ومعنًى إلا أن أحدهما تفرد بالشهادة على السراية، فانفراد أحدهما لم يثبت، وما اتفقا عليه وهو الموضحة يثبت.

فمن مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشيء؛ لأن من أصله أن الموضحة إن اتصل بها السراية تصير قتلًا من الابتداء، وتخرج من أن تكون موضحة حتى قال: إذا عفا عن الموضحة ثم سرت إلى النفس بطل العفو، وعندهما: لا يبطل، وإذا كان من أصل أبي حنيفة رحمه الله هذا صار أحد الشاهدين شاهدًا بفعل هو قتل من الأصل، والآخر صار شاهدًا بالموضحة، فقد اختلفا في المشهود به، فلا تقبل الشهادة.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل، ولا يعتبر لأبي حنيفة رحمه الله أن يقول: الموضحة باتصال السراية بها لا تصير قتلًا من الابتداء، وليس هذا أصل أبي حنيفة رحمه الله إنما أصله أن الموجود عند اتصال السراية بالموضحة فعلان: الموضحة، والقتل، ولكن لا يكون للموضحة موجب من الأصل باتصال السراية بها، فبطلان العفو عند أبي حنيفة رحمه الله باعتبار أنها تصير قتلًا من الابتداء، إذا ثبت هذا، فنقول: إذا لم تثبت السراية هنا لكون الشاهد واحدًا، وقد ثبت الموضحة حقيقة كان لها موجب الموضحة، وموجبها القصاص.

ولو قلنا: إن الموضحة تصير قتلًا من الابتداء، إلا أن ذكر الموضحة لا ينعدم، فصار المدعي مدعيًا للموضحة والشهود، وشهدوا بالموضحة أيضًا، وعلى القولين جميعًا يخرج قول من يقول: بأن المدعي لما ادعى السراية، فقد ادعى شيئًا آخر، فينعدم

الموافقة بين المدعي وبين الشهود . بأن يقال : بأن المدعي بدعوى السراية لا يصير مدعيًا شيئًا آخر ؛ لأن الموضحة باتصال السراية بها لا تصير قتلا من الابتداء على الجواب الأول ، فيكون مدعيًا فعلين ، وقد اتفقا الشاهدان على أحدهما ، وعلى الجواب الثاني إن صارت الموضحة قتلا من الابتداء إلا أن دعوى الموضحة لا ينعدم[1] ، فصار المدعي مدعيًا للموضحة ، وقد اتفق الشاهدان عليهما .

ولو ادعى الولي الموضحة والبرء منها ، وشهد أحد الشاهدين بالموضحة والبرء ، والآخر بالسراية لا تقبل الشهادة ؛ لأنه صار مكذبًا من شهد بالسراية من بعض ما شهد وهو السراية ، وإنه يوجب بطلان الشهادة على ما ذكرنا .

ولو كان الشجة شيئًا دون الموضحة لا يتحملها العاقلة إلا باتصال السراية بها نحو السمحاق ، وما أشبهه ، فادعى الولي أنه مات منها ، والدية في النفس على العاقلة ، وجاء بشاهدين شهد أحدهما ، كما ادعاه المدعي ، وشهد الآخر أنه برئ من ذلك ، قبلت الشهادة على الشجة ، وقضى بأرشها في مال الجاني .

وكان ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن الولي بدعوى اتصال الموت بالشجة صار مدعي النفس والمال على العاقلة ، وأحد الشاهدين شهد بالمال على الجاني ، والجواب عن هذا أن يقال : بأن المدعي بدعوى اتصال الموت وإن صار مدعيًا للمال إلا أنه لا يدعي المال على العاقلة ابتداء وإنما يدعي بطريق التحمل ، وهذا لأن الوجوب على الجاني أولا ، والعاقلة يتحملون الوجوب عنه ، فالمدعي يدعي المال على الجاني ابتداء ، ووجوب التحمل على العاقلة ، وقد اتفق الشاهدان على الوجوب على الجاني ، وتفرد أحدهما بإيجاب التحمل على العاقلة ، فيعمل بما اتفقوا عليه تبت ، وما تفرد به أحدهما لا يثبت ، وجواب آخر أن المدعي بدعوى اتصال الموت بالشجة وإن صار مدعي النفس إلا أن دعوى الشجة لا ينعدم ، فيكون مدعي الشجة والنفس جميعًا ، وقد اتفق الشاهدان على الشجة ، وتفرد أحدهما بالنفس ، فما اتفقوا عليه يثبت ، وما لم يتفقوا عليه لا يثبت .

وكذلك لو كان الميت عبدًا لرجل ، فادعى مولاه أن الشاج شجه موضحة عمدًا ،

---

[1] هكذا في ظ و ف ، وكان في الأصل لا ينعدم

ومات منها ، وأن له عليه القود ، وجاء بشاهدين ، فشهد أحدهما كما ادعاه المدعي ، وشهد الآخر أنه برئ ، فالقاضي يقضي بأرش الشجة في مال الجاني ، لأن دعوى الموضحة مع دعوى السراية دعوى الموضحة والنفس جميعاً . وقد اتفق الشاهدان على الموضحة ، فتثبت الموضحة إن كان لا يثبت النفس ، ولا قصاص بين الحر وبين العبد في الطرف ، فقضينا بأرش الموضحة في مال الجاني .

الفصل الثاني والعشرون
في الدعوى والاختلاف بين الورثة

١٩٥٥١ - قال محمد: رجل قتل وله ابنان، لا وارث له غيرهما، فأقام أحدهما وهو عبد الله بينة على صاحبه وهو زيد أنه قتله عمداً، وأقام زيد بينة على أجنبي أنه قتله عمداً، فسدت البينتان عند أبي حنيفة، ويقضى على الابن المشهود عليه وهو زيد بنصف الدية في ماله لصاحبه، وللابن المشهود عليه على الأجنبي نصف الدية في ماله. وإن كان القتل خطأ، فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية.

وقال أبو يوسف ومحمد: بينة الابن على أخيه أولى بالقبول، ويقضى على الأخ المشهود بالقود إن كان عمداً، وإن كان خطأ، فله الدية على عاقلته، وبطلت بينة الابن المشهود عليه على الأجنبي. فوجه قولهما: إن بينة عبد الله أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت شيئاً لا تثبته بينة زيد، وهو حرمان زيد عن الميراث، والبينات ترجح بكثرة الإثبات. ولأبي حنيفة أن البينتين تعارضتا، فيقضى بهما على حسب الإمكان كسائر البينات، وما يقولان بأن في بينة عبد الله زيادة إثبات ليس كذلك، بل هي نفي، فإنها تنفي ميراث زيد، فإن سبب الميراث القرابة وموت المورث، وقد وجد في حق زيد، وعبد الله ينفي ببينة ميراث زيد، والبينات لا ترجح بالنفي، وإذا فسدت البينتان، سقط القصاص، ولم يثبت حرمان الميراث؛ لأن كل واحد من الابنين أثبت القتل منه على من أقام البينة عليه بالقتل، والقتل مما لا ينكر، فيجعل كل واحد منهما قاتلاً من وجه، وغير قاتل من وجه، لا يثبت الحرمان، ولا يجب القصاص، ولكن يجب الدية، فيقضى لعبد الله على زيد نصف الدية في ماله إن كان عمداً، وعلى عاقلته إن كان خطأ، ويقضى لزيد على الأجنبي بمثل ذلك؛ لأن كل واحد من المشهود عليهما قاتل من وجه دون وجه على ما مر، والقتل من وجه لا يجب إلا نصف الدية، كما لو ادعى كل واحد من الابنين القتل على الأجنبي.

وأما الميراث: فنصف الميراث كله لعبد الله، أما عند أبي حنيفة لم يذكره في

الكتاب، واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: الميراث بينهما أرباعًا: ثلاثة أرباعه لعبد الله، وربعه لزيد؛ لأن لعبد الله نصف الميراث في كل حال، والنصف الآخر له في حال، وهو ما إذا كان القاتل زيدًا، ولا شيء له من ذلك النصف في حال، وهو ما إذا كان القاتل أجنبيًا، فينصف ذلك النصف، فلهذا كان له ثلاثة أرباع الميراث، وأما زيد: فله نصف الميراث في حال، ولا شيء له في حال، فينصف ذلك النصف، فكان له الربع.

وقال بعضهم: الميراث بينهما نصفان، وهو الأصح؛ لأن حرمان زيد عن الميراث لم يثبت، ألا ترى أنه وجب لكل واحد نصف الدية، والدية في الحقيقة ميراث، فإنها تجب بدلاً عن نفس الميت، تجب للميت أولاً، ولهذا يقضي منه ديونه، وينفذ وصاياه، ثم ينتقل إلى الورثة بالإرث، فكان كل واحد منهما وارثًا النصف بكل حال، فكان بينهما نصفان لهذا.

١٩٥٥٢- ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه، أنه قتل أباهما عمدًا أو خطأ، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: تهاترت البينتان، ولا تجب الدية، والميراث بينهما؛ لأن البينتين قد استوتا من جميع الوجوه؛ لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه مثل ما يدعي صاحبه عليه، فوجب القول بالتهاتر، كما لو ادعى كل واحد منهما شراء شيء من جهة صاحبه، والشيء في أيديهما، وأقاما البينة، ولم يؤرخا بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة ترجحت بينة عبد الله على ما مرّ، وإذا تهاترتا فكأنهما لم يقيما بينة، ولو لم يقيما بينة، لم يثبت القتل، وكان الميراث بينهما نصفان، كذا هنا.

وأما على قول أبي حنيفة: يقضي لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية، إن كان القتل عمدًا، ففي ماله، ويتقاصّان، وإن كان خطأ، فعلى عاقلة كل واحد منهما؛ لأن البينتين قد تعارضتا، والتهاتر إنما يكون أن لو ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من جهة صاحبه، ولم يؤرخا، وهنا ادعى كل واحد منهما شرائين من واحد، وإذا لم يثبت التهاتر، يجب العمل بهما في حق حكم القتل، وتعذر العمل بهما في حق القصاص، فيعمل في حق الدية، فيقضي بالدية بينهما نصفان، كما لو ادعى كل واحد منهما القتل على أجنبي، وأقام كل واحد بينة، ويكون الميراث بينهما نصفان؛ لأنا وإن

حق عمرو .

وطعنوا على محمد رحمه الله في هذا، فقال : كيف يجب هنا دية ، فإن المقتول واحد، ولا يجب بمقابلة مقتول واحد أكثر من دية واحدة ، والجواب من هذا أن يقال : إنما لا يزاد بدل نفس واحدة إذا لم يتفرق أجزاءه في الإتلاف ، أما إذا تفرق يجوز أن يزداد(١) كما لو لم تقطع رجل يدي إنسان ، وقطع آخر رجله ، وجزّ آخر رقبته خطأً ، فإنه يجب ثلاث ديات ، وإن كان الواحد مبدلاً ، لكن لما تفرق أجزاءها في الإتلاف زيد على دية واحدة، إذا ثبت هذا، فنقول في مسألتنا : احتمل أن يكون الإتلاف متفرقًا منهم لما شهد كل فريق بمطلق القتل ، فإنه يجوز أن يكون أحدهم قطع يدي الأب ، وقطع الآخر رجله ، وجزّ آخر رقبته ، والبينات حجج الله تعالى لا يجوز إبطالها بالشك ، وقد أثبت كل بينة لمدعيها نصف الدية ، فلا ينقص بالشك ، ولكن أبو حنيفة يجيب عن هذا ، ويقول : بأن إبطال البينة كما لا يجوز بالشك ، فإيجاب الزيادة على دية واحدة لا يجوز أيضًا بالشك ، وعند تعذر الجمع بينهما الإسقاط أولى من الإيجاب ؛ لأن فيه إبقاء ما كان على ما كان ، وهو عدم الوجوب ، وفي الإيجاب إثبات ما لم يكن ثابتًا ، فكأن ما قلناه أولى يكون الميراث بينهما أثلاثًا عندهما أيضًا ؛ لما قلنا لأبي حنيفة .

١٩٥٥٣ ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمرو أنهما قتلا أباهم عمدًا أو خطأً ، وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله أنه قتل أباهم عمدًا أو خطأً ، تهاترت البينتان عندهما ؛ لأن كل فريق منهم يدّعي على الآخر مثل ما يدعيه الآخر عليه ، وبقيت الوراثة بينهم أثلاثًا كما لو لم يوجد إقامة البينة ، فأما على على قول أبي حنيفة : يقضى لعبد الله على زيد وعمرو بنصف الدية في مالهما إن كان عمدًا ، وعلى عاقلتهما إن كان خطأً ، ويقضى لزيد وعمرو على عبد الله بنصف الدية إن كان عمدًا ، ففي مال عبد الله وإن كان خطأً ، فعلى عاقلته ؛ لأن عند أبي حنيفة لا يزاد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يتفرق إتلافها ، والقتل من كل فريق يوجد في حال دون حال ، فيقضى لكل فريق بنصف الدية والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو ؛ لأن في حال كل الميراث لعبد الله ، وفي حال كل الميراث لزيد ولعمرو ، فلهذا يقضي بالنصف لهما وبالنصف لعبد الله .

(١) هكذا في "م" ، وكذا في "ظ" ، "ف" : أن يزاد .

ولو أقام عمرو على زيد البينة أنه قتل أباهم وأقام زيد البينة على عمرو أنه قتل أباهم، ولم يقم منهما البينة على عبد الله، فإنه يقال لعبد الله: ما تقول: في هذا؟ وإنما وجب السؤال عن عبد الله لأنه صاحب حق في هذا الدم، إذ هو ليس بقاتل، وهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما إن ادعى عبد الله القتل على أحدهما بعينه، أو عليهما، بأن قال: لم يقتل واحد منهما، أو ادعى عليهما، بأن قال: هما قتلاه.

فإن ادعى القتل على أحدهما بعينه وهو عمرو، فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يقضى على عمرو بثلاثة أرباع الدية، ويكون ذلك بين زيد وعبد الله نصفان. وإن كان القتل عمداً، ففي مال عمرو، وإن كان خطأ، ففي عاقلة عمرو، ويقضى لعمرو على زيد بربع الدية، ويكون ذلك في مال زيد إن كان عمداً. وإن كان خطأ، ففي عاقلته، وإنما كان كذلك؛ لأن عبد الله لما صدق زيداً، فقد صارت بينة زيد بينة لعبد الله، فصار عبد الله بينة مثبتاً نصف الدية لنفسه على عمرو، ولم يعارض لها بينة عمرو من هذا الوجه، فيثبت النصف لعبد الله على عمرو، وبينة زيد تثبت لزيد أيضاً نصف الدية على عمرو، وكذلك بينة عمرو تثبت لعمرو نصف الدية على زيد، وقد وقع التعارض بين بينة عمرو وبين بينة زيد من الوجه الذي هي بينة لزيد على عمرو نصف الدية، فعملنا بهما، فيثبت لكل واحد نصف ما يقتضيه وهو ربع الدية، ثم يضم ما وجب لزيد وهو الربع إلى ما وجب لعبد الله وذلك النصف، فجملته ثلاثة الأرباع يقسم بين عبد الله وزيد نصفين لتصادقهما أنهما يستويان في سبب الاستحقاق.

وأما الميراث نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو؛ لأن عبد الله وارث بيقين، وإنما يزاحم أحد الأخوين؛ لأن أحدهما محروم بالاتفاق، فصار النصف لعبد الله والنصف الآخر بين زيد وعمرو لاستوائهما فيه، ثم ما وجب لزيد يضم إلى ما وجب لعبد الله فيقسم بينهما بالسوية.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فيقضى لعبد الله على عمرو بالقود إن كان عمداً، ويقضى بالدية على عاقلة عمرو إن كان خطأ، ويكون ذلك بين عبد الله وزيد نصفان. ويكون الميراث بينهما نصفين أيضاً؛ لأن بينة زيد وعمرو تهاترتا لوجود شرط التهاتر، وهو دعوى كل واحد منهما على صاحبه مثل الذي ادعى صاحبه عليه، وإنما

صارت بينة زيد بينة لعبد الله ؛ لما عرف أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يثبت للميت ، ولم يوجد شرط التهاتر في حق عبد الله ، فصار كأن زيداً وعمرواً لم يقيما البينة على عبد الله[1] ، وهناك الجواب كما قلنا ، فههنا كذلك .

وإن لم يدع عبد الله القتل على واحد منهما ، بأن قال : لم يقتل واحد منهما ، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله : يقضى لزيد على عمرو بربع الدية ، ولعمرو على زيد بربع الدية ، إن كان عمداً ، ففي مالهما ، وإن كان خطأ ، فعلى عاقلتهما ، ولا شيء لعبد الله من الدية ، وإنما كان كذلك ؛ لأن كل واحد منهما أثبت جميع الدية على صاحبه بينة وبين عبد الله نصفان إلا أن عبد الله لما أنكر قتل واحد منهما ، فقد كذبهما ، فبطل حقه بتكذيبه ، بقي كل واحد منهما مدعياً على صاحبه نصف الدية ، فيقضى لكل واحد بربع الدية ، ويكون الميراث بينهم أثلاثاً ؛ لأن كل واحد منهما يقر بنصف الميراث لعبد الله ، وهو لا يدعي إلا الثلث ، فوجب الثلث له ، والباقي لهما لاستوائهما .

وعند أبي يوسف ومحمد : لا يقضى هنا بشيء لا بالدية ولا بالقصاص ؛ لأن القتل على زيد وعلى عمرو[2] في حق عبد الله لإنكاره ذلك ، ولا فيما بين زيد وعمرو لتهاتر البينتين ، وكان الميراث بينهم أثلاثاً ، لما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله .

٤٥٥١٩ وإن ادعى القتل عليهما بأن قال : أنتما قتلتماه ، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضى لعبد الله بشيء من الدية ؛ لأن عبد الله كذب شهودهما في بعض ما شهدوا به ؛ لأن كل بينة أثبتت أن المدعى عليه هو القاتل وحده ، وأن عليه جميع الدية ، فإذا ادعى القتل عليهما جميعاً[3] ، صار مدعياً أن على كل واحد منهما نصف الدية ، وصار مكذباً للشهود في بعض ما شهدوا به ، فلم يثبت حقه ، بقي كل واحد منهما مدعياً بنصف الدية على صاحبه ؛ لما مر قبل هذا ، فيقضى لكل واحد منهما على صاحبه بربع الدية ، وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما ؛ لأن عبد الله ادعى لنفسه جميع الميراث لما ادعى القتل عليهما ، وكل واحد منهما صدقه في النصف ، فيأخذ النصف لاتفاق الكل عليه ، بقي في النصف الآخر مجرد دعواه ، فلا يكون له من ذلك

---

(١) هكذا في الأصل و"ظ" ، وكان في "ف" و"م" : "على عمرو" مكان "على عبد الله" .

(٢) وفي "ظ" : ولم يثبت في حق عبد الله

(٣) وفي "ظ" و"ف" : جملة .

النصف شيئاً، ويكون ذلك بين زيد وعمرو نصفان لاستوائهما في ذلك.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فقد تهاترت بينة كل واحد منهما على صاحبه، ولا بينة لعبد الله على ما يدعي، فلا يقضي بشيء من الدية، فالميراث يكون بينهم أثلاثاً، وكان ينبغي أن يكون نصف الميراث لعبد الله؛ لأن كل واحد منهما مقر بنصف الميراث لعبد الله. والجواب أن يقول: بأن كل واحد منهما أقر بنصف الميراث لعبد الله بشرط أن يكون حق المقر مثل حق عبد الله، وذلك لا يكون إلا إذا جعل الميراث بينهم أثلاثاً.

٥٥٩٦ - ولو ترك المقتول أخاً وابناً، فأقام الأخ البينة على الابن أنه قتل الأب، وأقام الابن البينة على الأخ أنه هو الذي قتل الأب كانت بينة الابن أولى؛ لأن الولي هو الابن دون الأخ، وبهذا يخرج الابن من أن يكون ولياً، ويصير الأخ ولياً على اعتبار كون الابن قاتلاً، وفي ذلك شك، فلم يخرج الابن من أن يكون ولياً، وإذا كان الابن ولياً لم يكن الأخ ولياً، والولي خصم، وغير الولي ليس بخصم، وبينة الخصم مقبولة، أما بينة غير الخصم ليست بمقبولة، بخلاف ما إذا كانا ابنين حيث يقضى هنا بنصف الدية على كل واحد منهما عند أبي حنيفة رحمه الله، وههنا قال: بينة الابن أولى ولم يذكروا الخلاف؛ لأن هناك كل واحد من الابنين ولي مع صاحبه، فلا يخرج كل واحد منهما عن الولاية بالشك، فبقي كل واحد ولياً، فكان كل واحد خصماً، فوجب قبول البينتين، ويعتبر قولهم في حق إيجاب القصاص، فيبطل في حق إيجاب الدية، أما هنا بخلافه على ما مر.

ولو ترك المقتول ابنين وأخاً، فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل، وصدق الأخ أحدهما، أو صدقهما، كان التصديق من الأخ والعدم بمنزلة؛ لأن أحدهما وارث بيقين؛ لأن القاتل أحدهما، وأيهما كان وارثاً كان الأخ محجوباً به، فيكون الأخ في هذه الحالة كالأجنبي سواء، ولا معتبر بتصديق الأجنبي، فكذا بتصديق الأخ في هذه الحالة، فخرج الأخ من البين، فبقي كل واحد من الابنين مقيماً البينة على صاحبه أنه قتل الأب، وهي المسألة الثانية من الباب.

فإن أقام الأخ البينة على الابنين أنهما قتلاه بعد أن أقام كل واحد من الابنين البينة

على صاحبه أنه هو القاتل، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: البينة بينة الأخ، ويكون الميراث له، ويقتل الابنان إن كان القتل عمداً، وإن كان خطأ، فعلى عاقلتهما الدية؛ لأن بينة الابنين قد تهاترتا لوجود شرط التهاتر، فصار كأنهما لم يقيما البينة، وأقام الأخ عليهما البينة، وهناك الجواب كما قلنا؛ لأن الابنين خرجا من أن يكونا وليين، فصار الأخ ولياً، ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة، وينبغي أن عنده لا تقبل شهادة الأخ؛ لأن بينة الابنين ما تهاترتا، فتردد حال كل واحد من الابنين بين أن يكون ولياً وبين أن لا يكون ولياً، فلا يصير الأخ ولياً بالشك، ويكون الميراث بين الابنين، ويجب لكل واحد منهما على صاحبه نصف الدية، وهي المسألة الثانية من الباب.

وإن ترك ثلاث بنين، فأقام اثنان البينة منهم على الثالث أنه قتل أباهم، وأقام الثالث بينة بذلك على الأجنبي، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: بينة الابنين أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً، فإنها تثبت حرمان الثالث عن الميراث، وبينة الثالث لا تثبت الحرمان عن الميراث لأحد، فيقضى بالقصاص على الثالث للأخوين إن كان عمداً، وبالدية على عاقلته إن كان خطأ، ولا يرث الابن الثالث شيئاً، ويكون الميراث بين الابنين المدعيين نصفين، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله لم يترجح بينة الابنين على بينة الثالث؛ لما مر في المسألة الأولى من الباب، فيقضى للابنين على الثالث بثلثي الدية: إن كان عمداً، ففي ماله، وإن كان خطأ، ففي عاقلته، ويقضى للثالث على الأجنبي بثلث الدية، ويكون الميراث بينهم أثلاثاً.

١٩٥٥٦ - وإذا قتل الرجل وترك ثلاث بنين، فأقام الأكبر بينة على الأوسط أنه قتل الأب، وأقام الأوسط بينة على الأصغر بذلك، وأقام الأصغر بينة على الأجنبي بذلك، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يقضى لكل واحد منهم على الذي أقام عليه البينة بثلث الدية؛ لأن البينات قد تعارضت، ولم يترجح بينة الأكبر والأوسط بسبب ما أثبتنا من حرمان الميراث على بينة الأصغر؛ لما مر في المسألة الأولى من الباب، فيجب قبول الكل، وقد تعذر قبول الكل في حق القصاص؛ لما مر أن القتل لا يتكرر، وكل واحد احتمل أن لا يكون قاتلاً، ومع الشك لا يمكن القضاء بالقصاص، وإذا تعذر القضاء بالقصاص يجب القضاء بالدية، ويقضى لكل واحد بثلث الدية؛ لأن الأصغر يدعي ثلث الدية لنفسه على الأجنبي، فإن في زعمه أن الدية على الأجنبي بين البنين

أثلاثًا ، فكان مدعيًا لنفسه ثلث الدية ، فيقضى له بذلك ، وما يجب بمقابلة نفس لم يفرق أجزاؤه عند أبي حنيفة رحمه الله ، لا يزاد على دية واحدة ، فيبقى هناك ثلثا الدية ، وقد استوى الأكبر والأوسط في الدعوى والحجة في ذلك ، فصار بينهما نصفين ، فعلى هذا الوجه يقضى لكل واحد ثلث الدية ، وإن شئت قلت : إنما يقضى لكل واحد منهم بثلث الدية ؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله : لا يزاد على دية واحدة بمقابلة نفس لم يفرق أجزاؤها في الإتلاف ، والقتل من كل فريق يثبت في حال دون حال ، فلهذا تقضى على كل فريق بثلث الدية ، ويكون الميراث بينهم أثلاثًا .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد ، يقضى على الأكبر للأوسط بنصف الدية ، وللأوسط على الأصغر بنصف الدية ، ولا يقضى للأصغر على الأجنبي ؛ لأن بينة الأكبر على الأوسط ، وبينة الأوسط على الأصغر مقبولتان لعدم ما يوجب التهاتر إلا أنه لم يوجب القصاص في العمد لا على الأوسط ببينة الأكبر ، ولا على الأصغر ببينة الأوسط ، إما لجهالة القاتل لما قامت البينتان ، أو لأن الأكبر ببينته على الأوسط (١) أثبت القصاص لنفسه وللأجنبي (٢) ، والأصغر بدعواه القتل على الأجنبي أبطل نصيبه ، فصار كما لو عفا الأصغر ، فانقلب نصيب الأكبر مالًا ، والأوسط ببينته على الأصغر أثبت القصاص لنفسه وللأكبر ، والأكبر بدعواه القتل على الأوسط يبطل نصيبه فكأنه عفى ، فانقلب نصيب الأوسط مالًا ، فلهذا لم يجب القصاص ووجب للأكبر على الأوسط نصف الدية ، وللأوسط على الأصغر نصف الدية لهذا المعنى أيضًا .

وأما بينة الأصغر على الأجنبي غير مقبولة ؛ لأن الأصغر خرج عن الإرث ببينة الأوسط وعن كونه وارثًا بخلاف الأوسط حيث لم يخرج عن الإرث ، وعن كونه وارثًا ببينة الأكبر ؛ لأن بينة الأوسط توجب حرمان الأصغر عن الميراث كما أن بينة الأكبر توجب حرمان الأوسط ، فاستوى في حق إفادة كل واحد منهما الحرمان ، فلم يترجح إحدى البينتين على الأخرى ، وأما بينة الأصغر لا توجب حرمان أحد ، فترجحت بينة الأكبر ، وبينة الأوسط على بينة الأصغر ، والميراث بين الأكبر والأوسط نصفان ، ولا شيء للأصغر لخروجه من أن يكون وارثًا فيه - والله أعلم - .

---

(١) زيد من خ و ف و م .

(٢) وفي خ : للأصغر مكان وللأجنبي .

الفصل الثالث والعشرون

في الورثة والموصى له الذي يدعي بعضهم قتل عمد أو خطأ

١٩٥٥٧ - قال محمد رحمه الله في "الزيادات": رجل مات، وترك ابنين، وقد كان أوصى بثلث ماله لرجل، فأقام أحد الابنين بينة أن هذا الرجل قتل أباه عمداً، وأقام الابن الآخر بينة على رجل آخر أنه قتل أباه خطأ، فهذه المسألة على وجوه: إما أن يصدق الموصى له مدعي الخطأ، أو يصدق مدعي العمد، أو يصدقهما، أو يكذبهما، أو يقول: لا أدري أكان القتل خطأ أو عمداً؟ ونحن نذكر أولاً حكم المسألة فيما إذا لم يكن الابنين موصى له بالثلث، ثم نذكر حكمها فيما إذا كان معهما موصى له بالثلث.

فأما إذا لم يكن معهما موصى له بالثلث، فالحكم فيها أنه لا قصاص على واحد منهما، أما على الذي ادعى عليه قتل الخطأ فظاهر، وأما على الذي ادعى عليه قتل العمد فلأنه لم يتعين قاتلا، بل الأمر مشتبه. بيانه: وهو أن كل واحد من الابنين خصم في دعوى القتل وإثباته، وقد أثبت كل واحد منهما بينة على من أقامها عليه قتلا تفرد هو به، والقتل في محل واحد لا يتكرر، فلا يتصور اجتماع القتلين في محل واحد، أحدهما عمداً، والآخر خطأ، فبقي القاتل مشتبها أو نقول: نجعل كأن الأمرين كانا؛ لأن البينتين حجج لله تعالى يجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل كأن شهود العمد عاينوه جرحه عمداً، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره خطأ، وشهود الخطأ عاينوه جرحه خطأ، فلم يزل صاحب فراش حتى مات، ولم يعلموا جراحة غيره عمداً، فشهد كل فريق على ما عاين وشاهد، ولو كان هكذا: لا يجب القصاص على العاقلة لمشاركة الخاطئ إياه في القتل، كذا هنا.

وللمدعي العمد نصف الدية في مال من أقام عليه البينة في ثلاث سنين، أما وجوب نصف الدية فلأنه تعذر عليه استيفاء القصاص لا لمعنى من جهته، بل بدعوى صاحب الخطأ، فيقضى له بحصته من الدية.

وأما في مال القاتل فلأن القتل عمداً في حقه، والعاقلة لا تعقل العمد، وأما في

ثلاث سنين؛ لأن وجوبه بالقتل والدية إذا وجبت بالقتل تجب في ثلاث سنين، وإن كان القتل عمداً كالأب إذا قتل ابنه عمداً، والبعض معتبر بالكل.

ويقضي للخطأ على عاقلة من أقام عليه البينة نصف الدية في ثلاث سنين؛ لأنه أثبت جميع الدية على عاقلته النصف لنفسه والنصف لصاحبه إلا أن صاحبه أنكر ذلك؛ وأكذب شهوده، لكن إنكار صاحبه يؤثر في حق نفسه، لا في حقه، فبقي نصيبه، وذلك نصف الدية.

هذا إذا لم يكن مع الابنين موصى له بالثلث، وأما إذا كان مع الابنين موصى له بالثلث، وهو المذكور هنا، فهذه المسألة على وجوه على نحو ما بينا: إن صدق الموصى له مدعي الخطأ قضي لمدعي الخطأ، وللموصى له على عاقلة المدعى عليه الخطأ بثلثي الدية في ثلاث سنين لكل واحد منهما الثلث؛ لأن مدعي الخطأ أثبت ببينة جميع الدية للميت ثلثاها له ولأخيه إرثاً وثلث للموصى له وصية إلا أن المدعي العمد رد ذلك، وأعرض عنه، فكذب شهوده بدعوى العمد، فبطل الثلث الذي هو لمدعي العمد بزعمه؛ وبقي ثلثاها لمدعي الخطأ، والموصى له؛ لما قلنا: إن زعم كل إنسان معتبر في حقه، ولا يعتبر في حق غيره، ويقضي لمدعي العمد بثلث الدية في مال المدعى عليه العمد؛ لأن مدعي العمد ببينة أثبت القصاص بينه وبين الآخر نصفان، إذ لا حق للموصى له في القصاص إلا أن مدعي الخطأ بدعوى الخطأ أبطل حقه في القصاص، فانقلب نصيب مدعي العمد مالاً، وهو نصف الدية كما لو عفا عن نصيبه غير أن في زعم مدعي العمد أن للموصى له ثلث هذا النصف؛ لأن العمد إذا انقلب مالاً يلتحق بالخطأ، ويصير موجب المال للميت، ألا ترى أنه يقضى به ديونه، فيثبت فيه حق الموصى له إلا أن الموصى له لما ادعى الخطأ، فقد أسقط حقه عن ثلث هذا النصف، فبطل حقه وبقي حق مدعي العمد في ثلثي هذا النصف، وهو ثلث الجملة، ويكون ذلك في مال القاتل؛ لأنه وجب بالعمد، وقد قالت الصحابة: لا تعقل العاقلة عمداً.

وإن صدق الموصى له مدعي العمد، قضي لمدعي الخطأ بثلث الدية على عاقلة المدعى عليه بالخطأ؛ لما ذكرنا أن مدعي الخطأ أثبت ببينته جميع الدية للميت ثلثاها له ولأخيه وثلثها للموصى له إلا أن أخاه مع الموصى له لما ادعيا العمد، فقد أبطلا حقهما،

سواء إلا في خصلة واحدة . إذ الابن الثالث لو صدق مدعي العمد قضي لهما بثلث الدية في مال القاتل لكل واحد منهما بالثلث ، وفي الموصى له يقضي لهما بنصف الدية الثلث لمدعي العمد والسدس للموصى له . والفرق أن حق الابن الثالث يثبت في القصاص كما يثبت في المال ، فمدعي العمد بإقامة البينة أثبت القصاص ، وانقلب الثلثان مالا لكل ابن الثلث ، أما حق الموصى له لا يثبت في القصاص على ما ذكرنا ، فمدعي العمد ببينته أثبت القصاص بينه وبين أخيه إلا أن مدعي الخطأ أبطل حقه ، وهو نصف القصاص وانقلب نصف الآخر مالا ، فيكون للموصى له ثلث النصف ، وهو سدس الكل ، ثم في جميع ما ذكرنا إذا نوى ما على العاقلة ، وخرج ما على القاتل ، أو خرج ما على العاقلة ، ونوى ما على القاتل ، فأراد الذي نوى حقه أن يشارك الذي خرج حقه لا يكون له ذلك ؛ لأن المال وجب لهما بسببين مختلفين ، فإن سبب وجوب أحدهما القتل الخطأ ، وسبب وجوب الآخر القتل العمد ، والقتل العمد غير الخطأ ، ولم تثبت الشركة في سبب الوجوب ، فلا يثبت حق المشاركة في المقبوض ، ولا فرق بين أن يكون المقضي عليه بالمال ابنين أو واحداً ، حتى لو ادعى أحدهما العمد ، والآخر الخطأ على رجل لا عاقلة له ، وقضى القاضي بكل واحد منهما بنصيبه في مال القاتل ، فما قبض أحدهما لا يكون للآخر حق المشاركة معه ؛ لأن العبرة لاختلاف السبب واتحاده ، والعمد مع الخطأ سببان مختلفان - والله أعلم - .

الفصل الرابع والعشرون
في الشهادة تبطل بعد قضاء القاضي بالقتل

١٩٥٥٨ - قال محمد رحمه الله في "الجامع الكبير" : رجلان شهدا على رجل أنه قتل ولي هذا الرجل خطأ ، فقضى القاضي بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، وقبضها الولي ، ثم جاء المشهود بقتله حيّاً ، كان للعاقلة الخيار إن شاؤوا ، وضمنوا الولي ؛ لأنه تبيّن أنه قبض ما ليس له ولاية قبضه ، وإن شاؤوا ضمنوا الشاهدين ؛ لأنهم أتلفوا الدية على العاقلة حكماً بغير حق ، وهذا لأن التلف ، وإن حصل بقضاء القاضي إلا أن الشاهدين بشهادتهما ألجأ القاضي إلى القضي ، فإنهما جعلاه بحال لو امتنع عن القضاء يأثم ، فصار التلف الحاصل بقضاء القاضي بهذه الواسطة مضافاً إلى شهادة الشاهدين ، فإن ضمنوا الولي ، فالولي لا يرجع على أحد ؛ لأنه ضمن بفعله ، وملك المضمون حصل له ، ولم يوجد من أحد جناية عليه بعد ما ملكه ، وإن ضمن الشاهدين ، فالشاهدان رجعا بما ضمنا على الولي ؛ لأنهما بأداء الضمان ملكا المضمون من وقت الإتلاف ، فصار الولي جانياً عليهما بأخذ ملكهما ، فلهذا كان لهما حق الرجوع على الولي .

وإن شهدا بقتل العمد ، وقضى القاضي بالقصاص ، فقتله الولي ، ثم جاء المشهود بقتله حيّاً لا قصاصاً على واحد منهم ، أما الولي فلأن قضاء القاضي يصير شبهة في حقه ، وأما الشاهدان فلأنه لم يوجد منهما المباشرة ، والقصاص جزاء المباشرة ، ولكن ورثة القتيل بالخيار إن شاؤوا ضمّنوا الولي ، وإن شاؤوا ، ضمنوا الشاهدين ؛ لأن الولي قتله حقيقة بغير حق ، والشهود قتلوه حكماً بغير حق ، فإن ضمنوا الولي لا يرجع على أحد ؛ لما مر ، وإن ضمنوا الشهود ، لا يرجعون بذلك على الولي في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف ومحمد : يرجعون .

وجه قولهما : إن الواجب ههنا القصاص لكون القتل عمداً إلا أنه انقلب مالاً لتعذر استيفائه والقصاص المنقلب مالاً في الانتهاء بمنزلة الواجب في الابتداء ، حتى

يقضي منه ديون الميت، وتنفذ وصاياه، ولو كان الواجب مالاً من الابتداء، بأن كان القتل خطأً قد بينا أن الشهود يرجعون على الولي بما يضمنون، فههنا كذلك.

وأبو حنيفة فرق بين الفصلين، فقال: إذا كان الواجب مالاً من الابتداء، فالشهود إنما يرجعون على الولي باعتبار أنهم ملكوا المضمون على ما مر، وهذا المعنى لا يتمكن تحقيقه في القصاص المنقلب مالاً؛ لأن المضمون هو الدم، والدم ليس بقابل للملك، فلهذا افترقا.

فإن قيل: ينبغي أن يظهر ملك المضمون هنا في حق ملك البدل كمن غصب من آخر مدبراً، وجاء آخر، وغصبه منه، فاختار المولى تضمين الأول، فيصير المدبر ملكاً له في حق ملك البدل على الثاني، حتى كان للأول ولاية تضمين الغاصب الثاني.

قلنا: المدبر مال متقوم، ولهذا صح تسميته مهراً في باب النكاح إلا أنه تعذر نقله من ملك إلى ملك لحقه، ولما كان مالاً متقوماً أمكن إظهار الملك فيه في حق تمليك البدل، إن لم يمكن إظهار الملك فيه في حق أحكام أخر، فأما الدم ليس بمال أصلاً، ولهذا لا يصح تسميته مهراً في باب النكاح، فلم يمكن إظهار الملك فيه أصلاً.

ولو كانت الشهادة في الخطأ، أو في العمد على إقرار القاتل، والمسألة بحالها، فلا ضمان على الشهود؛ لأن كذبهم لم يثبت فيما شهدوا به؛ لأن المشهود به هو الإقرار بالقتل لا نفس القتل، وليس من ضرورة حياته عدم إقرار المشهود عليه بالقتل، وإنما الضمان على الولي في الفصلين جميعاً؛ لأنه تبين أنه استوفى ما ليس له استيفاءه إلا أنه تعذر إيجاب القصاص في العمد لمكان قضاء القاضي، فيجب الدية.

وكذلك لو شهدا على شهادة شاهدين على قتل الخطأ، وقضى القاضي بالدية على العاقلة، وباقي المسألة بحالها لا ضمان على الفروع؛ لأنه لم يثبت كذبهما إذ ليس من ضرورة حياة المشهود عليه عدم إشهاد الأصول الفروع على شهادتهم، ولكن يرد الولي الدية على العاقلة؛ لأنه ظهر أنه أخذها منهم بغير حق.

ولو جاء الشاهدان الأصلان، وأنكرا الإشهاد، ولم يصح إنكارهما في حق الفرعين، حتى لا يجب عليهما الضمان على الأصلين أيضاً، فمن مشايخنا من قال: هذا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الأصلين لو رجعا عن شهادتهما،

بأن أقرا أنهما أشهداهما بباطل لا ضمان عليهما عندهما، فهنا أحق، وإنما يشكل على قول محمد؛ لأنه لو رجع الأصلان عن شهادتهما ضمنا عنده؛ لأن شهادة الأصلين صارت منقولة إلى مجلس القضاء بشهادة الفرعين، فكأنهما شهدا بأنفسهما، ثم رجعا، حتى ظن بعض مشايخنا أن جواب محمد محمول على ما إذا كان أنكر الأصلان الشهادة ولم يظهر المشهود بقتله حيًا.

وبعضهم قالوا: لا، بل جواب محمد في الكل واحد، والعذر لمحمد رحمه الله أن شهادة الأصلين، إنما تصير منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة؛ لأنها موجودة في غير مجلس القضاء حقيقة، والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سببًا للضمان.

وإن ظهر كذب الشهود في الشهادة، فاعتبرنا الحكم حال رجوع الأصلين، واعتبرنا الحقيقة متى أنكر الأصلين الشهادة، ولم يرجعا عن شهادتهما عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

وإن قال الأصول: قد شهدناهما بباطل، ونحن نعلم يومئذ أنا كاذبين لم يضمنا شيئًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد: العاقلة بالخيار إن شاؤوا ضمنوا الأصل، وإن شاؤوا ضمنوا الولي، فإن ضمنوا الأصلين، رجعا على الولي، وإن ضمنوا الولي لم يرجع على الأصلين؛ توجيه قول محمد رحمه الله: إن شهادة الأصلين منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة، فعملنا بالحقيقة، والحكم على الوجه الذي مرّ.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا: القياس يأبى قبول الإشهاد؛ لأن المنقول إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة شهادة الأصلين في غير مجلس القضاء، والشهادة في غير مجلس القضاء ليس بحجة، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز، لكن تركنا قضية هذا القياس وجوزنا القضاء بها، وجعلنا شهادة الأصلين كالموجود في مجلس الحكم لإحياء حقوق الناس، ولا ضرورة إلى جعلها كالموجود في مجلس القضاء في حق إيجاب الضمان بعد الرجوع، فبقي على أصل القياس

والكفارة لا تجب بإتلاف أعضائها، وإن خرج الجنين حيًا، ثم مات، فعلى الضارب الدية كاملة، وعليه الكفارة؛ لأنه متى انفصل حيًا يعتبر نفسًا وولدًا في حق نفسه وفي حق غيره، سواء كان الحق لله تعالى أو للعباد. ألا ترى أنه يصلى عليه صلاة الجنازة، وألا ترى أنه يسمى ويرث، وألا ترى أن الجارية تصير به أم ولد، وتنقضي به العدة، فيجب كمال الدية، وتجب الكفارة؛ لأنه شبه العمد، ومن قتل طفلا شبه العمد، فإنه يجب الدية والكفارة.

قال: ويكون دية الجنين بين ورثته على فرائض الله تعالى يريد به الغرة إذا انفصل ميتًا. وهذا لما ذكرنا أن الجنين متى انفصل ميتًا من الأم يعتبر نفسًا وولدًا في حق غيره من العباد، وأن يكون بدله لورثته من حق الغير، فيعتبر نفسًا وولدًا في حق هذا الحكم، وصار في حق هذا الحكم كأنه انفصل حيًا.

وإنما لا يرث هو من أحد إذا انفصل ميتًا؛ لأن ذلك من حقه، وفيما هو حقه اعتبر عضوًا وجزءًا من أجزاء الأم لا ولدًا ونفسًا، فإذا ماتت الأم من الضرب، ثم خرج الجنين ميتًا، فلا غرة في الجنين بخلاف ما إذا خرج الجنين حال حياة الأم، ثم ماتت الأم بعد ذلك أو لم تمت، فإنه يجب في الجنين الغرة.

والفرق أن قضية القياس أن لا يجب في الجنين شيء، لكن تركنا القياس بالسنة، والسنة وردت بإيجاب الغرة فيما إذا خرج الجنين حيًا حال حياة الأم، فإن المروي في حديث أبي المليح[1] كان لرجل من امرأتان، فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط، فألقت ما في بطنها ميتًا. أضاف الفعل وهو الإلقاء إليها، وإنما يضاف الإلقاء إليها حال حياتها لا بعد موتها، وفي حديث سعيد بن المسيب: فألقت جنينًا، وماتت الأم. وهذا تنصيص أن موت الأم كان بعد إلقاء الجنين، والنص الوارد بإيجاب الغرة فيما إذا خرج الجنين ميتًا حال حياة الأم، وقد يتمكن الشك في ضمان الجنين من وجه آخر، وهو أنه يجوز أنه لم ينفخ فيه الروح، لا يكون واردًا بإيجاب الغرة إذا خرج ميتًا بعد موت الأم. وقد تمكن الشك في وجوب الضمان من وجوه من حيث إنه يجوز أن لم ينفخ فيه الروح، ومن حيث إنه يجوز أن نفخ فيه الروح إلا أنه مات بسبب انقطاع الغذاء

---

(١) والحديث مضى تخريجه سابقًا.

بسبب موت الأم لا بالضربة، ومن حيث إنه يجوز أنه مات بسبب تضييق الرحم وغم البطن؛ لأن الأم متى ماتت بتضييق رحمها، فقد تمكن الشك بعد موت الأم في وجوب ضمان الجنين من وجوه، وحال حياة الأم تمكن الشك من وجه واحد، فالنص الوارد ثمة لا يكون وارداً هنا.

وإن ماتت الأم من الضربة، فعلى الضارب دية الأم في ثلاث سنين، وإن كان في بطنها جنينان، فخرج أحدهما قبل موت الأم وخرج الآخر بعد موت الأم وهما ميتان، يجب في الذي خرج قبل موت الأم الغرة، ولا يجب في الذي خرج بعد موت الأم شيء؛ لأنهما لو خرجا ميتين قبل موت الأم، يجب فيهما الغرة، ولو خرجا ميتين بعد موت الأم، لا يجب فيهما شيء، فإذا خرج أحدهما قبل موت الأم، والآخر بعد موت الأم، يعطى لكل واحد منهما حكم نفسه اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد.

قال: والجنين الأول وهو الذي خرج قبل موت الأم لا يرث من دية أمه شيئاً؛ لأنه لو انفصل حياً، ثم مات قبل موت الأم، لم يرث من دية أمه شيئاً، فإذا انفصل ميتاً أولى، ويرث الأم منه؛ لما ذكرنا أن بدل الجنين موروث بين ورثته وقت موته، والأم من إحدى ورثته وقت موته، والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت الأم لا يرث من أحد؛ لأنه انفصل ميتاً، ولا يورث عنه؛ لأنه لم يكن[1] له شيء.

قال: وإن كان الذي خرج بعد موت الأم خرج حياً، ثم مات، ففيه دية كاملة؛ لأنه لما خرج حياً اعتبر نفساً وولداً، وصار الضارب قاتلاً له شبه العمد.

قال: ويرث هذا الجنين من دية أمه، ومما ورثت أمه من أخيه؛ لأنه كان حياً وقت موت الأم، فيرث ما كان متروك أمه، ومتروك أمه ديتها وما ورثت الأم من أخيه، وهل يرث هذا الجنين من الجنين الأول وهو الذي خرج ميتاً قبل موت الأم؟ ينظر إن كان الأب حياً لا يرث، وإن لم يكن الأب حياً يرث؛ لأن الأخ يصير محجوباً بالأب على ما عرف.

١٩٥٦٠ - هذا إذا ضرب بطن حرة وألقت جنيناً ميتاً، وأما إذا ضرب بطن أمة وألقت جنيناً ميتاً، والأمة حية ينظر إن كان هذا الحمل حراً، بأن كان هذا الحمل من

---

(١) وفي ط: لم يجب.

المولى تجب الغرة ذكرا كان أو أنثى ؛ لأن وجوب الغرة عرف بالحديث ، والحديث ورد في الجنين الحر من غير فصل بينهما إذا كان الأم حرة أو كانت أمة ، فيتناول الكل .

وإن كان الجنين رقيقاً ذكر في ظاهر الرواية عن أصحابنا أنه يقوم على الهيئة واللون التي انفصل لو كان حيًا ، ثم ينظر إن كان ذكرا يجب عليه نصف عشر قيمته ، وإن كان أنثى يجب عليه عشر قيمتها .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف ، أنه قال : يضمن الضارب نقصان الولادة إن نقصها الولادة ، ولا شيء عليه في الجنين ، وإن لم تنقصها الولادة فلا شيء عليه .

فالكلام بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله فرع لمسألة أخرى أن الجناية الخطأ على المماليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بمنزلة الجناية على الأحرار ، حتى قالا : لا يزاد موجبها على الدية ، وتتحملها العاقلة ، ثم في الجنين الحر الغرة ، وذلك نصف عشر ديته إن كان ذكراً ، وعشر ديته إن كان أنثى ، ففي جنين الأمة يجب بحساب ذلك من قيمته ؛ لأن القيمة في المماليك بمنزلة الدية في الأحرار .

وعند أبي يوسف : الجناية في المماليك بمنزلة الجناية في البهائم ، ومن ضرب بطن بهيمة ، وألقت جنيناً ميتاً ، فإنه لا يضمن في الجنين شيئاً ، ويضمن نقصان الولادة ، فكذا هنا .

ثم ذكرنا أن على قول أبي حنيفة ومحمد يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حيًا ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكراً يجب نصف عشر قيمته ، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته ، ولو ضاع الجنين ، ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهيئته على تقدير أنه حي ، ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الأمة المضروبة ، كان القول قول الضارب لإنكار الزيادة ، وهذا كمن قتل عبداً خطأً لم يشاهده القاضي قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيئاته لو كان حيًا ، ووقعت المنازعة بين صاحب القتيل والقاتل ، جعل القول قول القاتل مع اليمين ، كذا هنا .

فإن قيل : ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وأنوثته فماذا يجب ؟

قلنا : نأخذ بالمتيقن كمن قتل عبداً خطأً والمقتول خنثى مشكل ، فإنه يجب المتيقن ،

كفارات.

فإن قيل: ربما ينفصل من غير رأس، فلا يمكن تقويمه، لأنه لا يوجد على هذا الوصف في السوق؟

قلنا: في هذه الصورة لا يضمن شيئًا، لأنه تبين أنه لم ينفخ فيه الروح، والروح لا ينفخ من غير الرأس، وإنما تجب القيمة على تقدير أنه نفخ فيه الروح.

ثم ما يجب في جنين الأمة يكون في مال الضارب؛ لأن الوجوب على العاقلة بخلاف القياس بالنص، والنص ورد بإيجاب الضمان على العاقلة في جنين الحرة، فيرد جنين الأمة على أصل القياس.

١٩٥٦١ - وفي «المنتقى»: إذا ضرب بطن أمة[1]، فألقت جنينًا حيًا، ومات وقد نقصها الولادة كان على الضارب قيمة الجنين في مالِه حالة، وإن كان فيه وفاء بنقصان الولادة، فلا شيء عليه من نقصان الولادة، وإن لم يكن فيها وفاء، فعليه إتمام ذلك.

١٩٥٦٢ - وفيه أيضًا: رجل ضرب بطن جاريته، فألقت جنينًا ميتًا، وماتت الأم، قال أبو حنيفة: على الضارب قيمة الأم في ثلاث سنين، وأما إذا ضرب بطن امرأته وألقت جنينًا ميتًا، فقد ذكر في «الجامع الصغير» على عاقلة الأب الغرة؛ لأن الأب يساوي الأجنبي في سبب وجوب الغرة وهو القتل والضرب، فيساوي في وجوب الغرة، ولا يرث الأب منه؛ لأنه باشر قتله، والمباشر لا يرث وإن كان مخطئًا، ولا كفارة على الأب؛ لما ذكرنا.

١٩٥٦٣ - وفي «المنتقى»: رجل ضرب بطن امرأته، فألقت جنينًا حيًا، ثم مات، ثم ألقت جنينًا ميتًا، ثم ماتت الأم بعد ذلك، وللرجل الضارب بنون من غير هذه المرأة، وليس له ولد من هذه غير هذا الذي ولدت عند الضربة، ولها إخوة من أمها، وأبيها، فعلى عاقلة الأب دية الولد الذي وقع حيًا، ثم مات، يرث من ذلك أمه السدس، وما بقي فللإخوة هذا الولد من أبيه، وعلى الأب كفارتان: كفارة في الولد الواقع حيًا، وكفارة في الأم، وأما الولد الذي سقط ميتًا، فإن فيه غرة على عاقلة الأب خمسمائة، ويكون للأم من ذلك السدس، وما بقي، فهو للولد الذي وقع حيًا، وترث الأم من ذلك

(١) هكذا في الأصل و«ب»، وكان في «م»: «امرأة».

وتلك الغرة، وهي للأب دون المولى.

١٩٥٦٦ – وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل قال لأمته: حبلى: أحد الولدين الذي في بطنك حر، ثم مات، فضرب إنسان بطنها، فألقت جنينين ميتين غلامًا وجارية، قال أبو يوسف: على الجاني نصف غرة، وذلك خمسمائة؛ لأن أحدهما حر، وعليه أيضًا في الغلام نصف عشر قيمته لو كان حيًا؛ لأنه في حال حر، وفي حال عبد، فعلى الجاني نصف ما يكون عليه في الحر ونصف ما يكون في العبد، فعليه نصف خمسمائة وربع عشر قيمته، وعليه في الجارية نصف عشر قيمتها؛ لأنها في حال حرة، وفي حال أمة.

١٩٥٦٧ – وفي المنتقى: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا ضرب الرجل بطن امرأته، فألقت جنينًا ميتًا، فلا كفارة عليه، ولا يرث منه، وإن ألقت جنينًا ميتًا قد استبان من خلقه شيء شعر أو ظفر، ثم ماتت هي من تلك الضربة، ثم ألقت جنينًا حيًا، ومات، ففي الأول الغرة، وفي الأم الدية، وفي الجنين الثاني الدية كاملة.

١٩٥٦٨ – قال في الزيادات: رجل اشترى من آخر جارية، وقبضها، ثم إن المشتري وطئها، وحبلت منه، ثم إن الجارية ضربت بطن نفسها متعمدة أي متعمدة إسقاط الجنين، وألقت جنينًا ميتًا، أو شربت من الدواء ما يوجب سقوط الولد متعمدة، أو وضعت في قبلها ما يطرح به الولد، فأدخلته في الرحم، فسقط الجنين ميتًا، ثم استحقها رجل بالبينة، وقضى القاضي للمستحق بالجارية، وبالعقر على المشتري، يقول المشتري للمستحق: إن أمتك قتلت ولدها، وإنه ولد هذا الرجل، وإنه حر؛ لأنه ولد المغرور، وولد المغرور والجنين مضمون بالغرة، فادفع أمتك، أو افدها بغرة الجنين الحر، وإنما شرط تعمدها التعمد في فعل الجارية، ونحوه أن تتعمد إسقاط الجنين؛ لأنها ليست بمباشرة للإتلاف، بل هي مسببة إلى ذلك، والتسبيب إنما يوجب الضمان بوصف التعمد، شرط تعمدها إسقاط الولد لتصير متعدية في التسبب، وعلى هذه الحرة إذا فعلت ذلك بنفسها، كان على عاقلتها الغرة، ويشترط أن يكون متعمدة في فعلها كما ذكرنا، وهذا إذا فعلت بغير إذن الزوج وبغير إذن المولى، فإن فعلت ذلك بإذنهما، فلا ضمان.

وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء، فألقت جنينًا ميتًا، لا غرة عليها، وتأويله إذا شربت دواء لا يوجب سقوط الولد، وإن كان يوجب سقوط الولد لا تتعمد في ذلك.

وقال أبو بكر في عين هذه الصورة: إنها إذا أسقطت سقطًا، فليس عليها إلا التوبة والاستغفار، وإن كان جنينًا، فعليها غرة، وتأويله إذا شربت دواء، يوجب سقوط الولد، وتعمدت ذلك.

وفي "فتاوي أبي الليث": في امرأة شربت دواء، فألقت، أو حملت حملا ثقيلا، فألقت جنينًا ميتًا، إن على عاقلتها خمسمائة وضح[1] في سنة واحدة لوارث الحمل لما كان أو غيره، وإن لم يكن لها عاقلة، ففي مالها في سنة، قال أبو يوسف بن عيسى: وتأويله ما ذكرنا.

وفي "المنتقى": رواية مجهولة. امرأة شربت دواء، فأسقطت، وكان شربه لغير ذلك يعني بغير إسقاط الولد، فعليها الغرة، ولا كفارة عليها في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا ترثه، وقال بعضهم: عليها الكفارة، هذا الجواب خلاف جواب "الزيادات".

وفي "فتاوى النسفي": سئل عن مختلعة وهي حامل احتالت لإسقاط العدة بإسقاط الولد، قال: إن سقطت بفعلها، وجب عليها غرة، ويكون ذلك للزوج.

وفي "العيون": إذا ضرب بطن امرأة حامل، فأصاب يد الولد في بطنها، فقطعها، ثم ولدته حيًا، فنصف الدية على عاقلته؛ لأنه خطأ.

١٩٥٦٩ - وإذا اشترى أمة حاملا، فلم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها، ثم ضرب إنسان بطنها، فألقت جنينًا ميتًا، خيِّر المشتري، إن شاء، أخذ الأمة بجميع الثمن، واتبع الجاني بأرش الجنين أرش حرّ، ويطيب له الفضل؛ لأن الجناية بعد العتق، والعتق قبض، وإن شاء فسخ البيع في الأمة، ولزمه الولد بحصة من الثمن؛ لأنه الجارية، انتقصت في يد البائع، ولو كان للجنين أب حرّ، أو وارث آخر مقدم على مولى العتاقة، فأرش الجنين له في الوجهين، ولا شيء للمشتري.

---

(١) في الأصل: درهم.

الفصل السادس والعشرون
في مسائل الضرب والأمر به

١٩٥٧٠- الأب إذا ضرب ابنه الصغير تأديبًا، فعطب من ذلك، ينظر إن ضربه بحيث لا يضرب للتأديب؛ أو حيث يضرب، ولكن فوق ما يضرب للتأديب، فإنه يضمن الدية، وعليه الكفارة، وإن ضربه حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب للتأديب، فعليه الدية والكفارة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه، وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: أن عليه الكفارة.

وعلى هذا الخلاف الوصي إذا ضرب الصغير تأديبًا. الزوج إذا ضرب زوجته حيث يضرب للتأديب مثل ما يضرب له حال نشوزها، ضمن بالإجماع.

والأب أو الوصي إذا سلم الصغير إلى معلّم يعلم له القرآن؛ أو عملا آخر، فضربه المعلّم للتعليم، إن ضربه بإذن الأب حيث يضرب مثل ما يضرب للتعليم، فلا ضمان، لا على المعلّم، ولا على الأب؛ أو الوصي، وفي "المنتقى" عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن عليه الكفارة، وإن ضربه حيث لا يضرب، أو فوق ما يضرب للتعليم، فالمعلّم ضامن.

أما الكلام في المعلّم إذا ضرب بإذن الأب أو الوصي: فإنما لا يجب الضمان على المعلّم، لأن المعلّم معين الأب في الضرب، بيانه: أن للأب ولاية ضرب الصغير تأديبًا ورياضةً شرعًا، فيملك الاستعانة بغيره في ذلك.

قلنا: وأمكن جعل أمر الأب المعلّم استعانة، وجعل المعلّم معينًا للأب في ذلك؛ لأن منفعة هذا الضرب لا يحصل للمعلّم بوجه من الوجوه، وإنما يحصل الولد، وهذا هو حدّ الإعانة أن يعمل الإنسان لغيره عملا بأمره يعود منفعته إلى الآمر، فجعلنا المعلّم معينًا من هذا الوجه، والمعين لا يضمن بحال، فلا يجب الضمان على الأب، والوصي جميعًا أيضًا بخلاف ما إذا ضرب حيث لا يضرب، أو فوق ما يضرب للتعليم؛ لأن فعل المعلّم في هذه الصورة لم يصر منقولا إلى الأب والوصي؛ لأن فعل الإنسان بأمر الغير

إنما ينتقل إلى ذلك الغير بقدر ما صح الأمر ، وإنما يصح الأمر من الأب بقدر ما للأب ، والذي للأب أصل الضرب لا الضرب المؤدي إلى التلف .

وأما الكلام في الأب والوصي ، فوجه قولهما : إن الأب في هذا الضرب معين ، بيانه : أنه أمر بالضرب شرعًا لمنفعة تعود إلى الصغير وهو إصلاحه ، فإن منفعة صلاح الصغير تعود إلى الصغير دينًا ودنيا ، وهذا هو حد الإعانة في الفعل ، فصار نظير المعلم ، بخلاف الزوج إذا ضرب زوجته على قولهما ؛ لأنه مأذون بضرب المرأة لاستيفاء حقه ، فإن منفعة ترك النشوز عائدة على الزوج ، والأمر بالضرب شرعًا لاستيفاء الضارب حقه ، يجوز أن يتقيد بشرط السلامة كالأمر بالرمي إلى الصيد .

فوجه قول أبي حنيفة : وهو الفرق بين المعلم وبين الأب ، أن المعلم معين في الضرب على ما مر ، فأما الأب فهو ليس بمعين ، بل هو مستوف حقه ؛ لأن منفعة ضرب الصغير ، وهي صلاح الصغير يعود إلى أب الصغير ، وما يحصل للولد من المنفعة ، فهو كالحاصل به للأب بحكم البعضية . قلنا : واستيفاء الإنسان حقه يتقيد بشرط السلامة كما في فصل الزوجة ، ثم جعل الأب ضامنًا بضرب نفسه ، ولم نجعله ضامنًا بأمر المعلم إياه بالضرب ؛ لأن الأب في الضرب بنفسه مباشر ، والمباشر يجوز أن يضمن ، وإن لم يكن متعديًا في المباشرة كما في ضرب الزوج زوجته ، فأما الأب في الأمر مسبب ، وليس بمباشر ، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا في التسبب ، أما إذا لم يكن متعديًا ، فلا يضمن . قلنا : والأب في أمر المعلم بضرب الصغير ليس بمتعد ؛ لأن للأب ولاية ضرب الصغير لإصلاح الصغير ، فلهذا افترقا

قال هشام في نوادره عقيب مسألة المعلم : قلت لمحمد : إن لم يكن الأب ؟ قال : له في أمر الضرب شيئًا ، قال : يضمن المعلم ، ورأيت في بعض النسخ أن الأب إذا ضرب الصغير ، إنما يضمن على قول أبي حنيفة . إذا كان الأب ضربه للتأديب ، أما إذا كان ضربه لتعلم القرآن لا يضمن كالمعلم ، فإذا لا فرق بين ضرب المعلم بإذن الأب ، وبين ضرب الأب إذا كان الضرب للتعليم

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الإجارات : أن في ضرب الأب ابنه وفي ضرب الزوج زوجته روايتان عن محمد : في رواية . يضمن ، وفي رواية : لا

يضمن، وأما الوالدة إذا ضربت ولدها الصغير للتأديب، فلا شك أنها تضمن على قول أبي حنيفة.

وقد اختلف فيه المشايخ على قولهما؛ بعضهم قالوا: لا تضمن؛ لأن للأم ولاية تأديب الصغير كما للأب، وبعضهم قالوا: هي ضامنة؛ لأن الضرب تصرف في النفس، وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلاً.

وفي كتاب العلل: للزوج أن يضرب امرأته ليعيدها إلى مضجعه، وإذا ماتت من ضربه ضمن. وفيه أيضاً: ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلوات، وللأب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة. وذكر في كتاب الفرائض في باب ميراث القاتل مسألة الأب إذا ضرب ولده للتأديب على الاختلاف الذي ذكرنا، وذكر مسألة المعلم إذا ضرب الصبي بإذن الأب على الاتفاق على نحو ما ذكرنا. قال محمد ثمة: وهذا عندنا من أبي حنيفة ترك لقوله. قيل: هذا من محمد دعوى المناقضة على أبي حنيفة، ووجهه أن إذن الأب لما أثر في إسقاط الضمان عن المعلم، ففعل الأب بنفسه كيف يوجب الضمان على الأب، وحال الأب أقوى من حال المعلم. وذكر الناطفي في كتابه ما يصلح جواباً عن هذا، ولم يذكر الناطفي هذا المذهب في كتبه، والذي ذكره الناطفي: أن الإنسان قد يستفيد أمراً من جهة غيره، ثم يكون حاله أقوى من حال ذلك الغير كالمعلم والأب والوصي هنا، وكذلك الأب لا يبيع مال ولده الكبير، ووصي الأب يملك ذلك.

وقيل: هذا من محمد استدلال على رجوع أبي حنيفة عن قوله في فصل الأب، ووجهه أن إذن الأب لما أثر في سقوط الضمان، ففعل الأب بنفسه أولى أن يؤثر في منع الضمان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، فقد ذكر في شرحه: أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما، قال: هو الصحيح.

١٩٥٧١ - وفي العيون: إذا قال لرجلين: اضربا مملوكي هذا مائة سوط، فليس لأحدهما أن يضربه المائة كلها، فإذا ضربه أحدهما تسعة وتسعين، ففي القياس يضمن ضرب الأكثر، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأنه وجد الضرب منهما، وهو نظير ما لو قال لامرأتيه: إن أكلتما هذا الخبز، فأنتما طالقتان، فأكلتاه، طلقتا، وإن أكلت إحداهما عامة الخبز، والأخرى بعضه.

الفصل السابع والعشرون
في مسائل البزاغ والفصاد والحجام والختان ومن أشبههم

١٩٥٧٢ - البزاغ والفصاد والحجام إذا بزغ، أو فصد، أو حجم، وكان ذلك بإذن المولى في العبد، وبإذن الولي في الصبي، وسرى إلى النفس ومات، فلا ضمان عليهم، وكذا الختان على هذا، فهؤلاء لا يضمنون السراية بلا خلاف، وإنما كان كذلك لأن هذه الأفعال حصلت بإذن من يلي الإذن به، وفعل المأذون فيما وافق إذن الآذن ينتقل إلى الآذن، فكأن المالك فعل بنفسه أو الأب فعل بنفسه، وهناك لا يجب عليه ضمان السراية، فكذا هنا، وإذا شرط السلامة عن السراية إلى هؤلاء لا يصح الشرط؛ لأنه ليس في وسعة التحرز عن السراية، ولو شرط على القصد السلامة عن الخوف، صح؛ لأن في وسعه التحرز عنه ذكره شيخ الإسلام في باب ما يضمن الأجير.

وإذا قال لغيره: اقطع يدي، فقطع وسرى إلى النفس ومات فلا ضمان على القطع؛ لأن القطع قد حصل بإذن من يلي القطع، وقد وافقه المأذون فيه، فانتقل القطع إلى الآذن، وصار كأن الآذن قطع يده بنفسه.

١٩٥٧٣ - وإذا قطع الختان بعض الحشفة في العبد أو في الصبي، فعليه حكومة عدل، وإن قطع الحشفة كلها، فإن برئ، فعليه في العبد كمال القيمة، وفي الصبي كمال الدية، وإن مات، فعليه نصف الدية في الصبي ونصف القيمة في العبد؛ لأنه إذا مات، فالتلف حصل بفعلين: أحدهما: مأذون فيه، وهو قطع الجلدة. والثاني: غير مأذون فيه، وهو قطع الحشفة، فيجب نصف الضمان، أما إذا برئ فقطع الجلدة مأذون فيه، فيجعل كأن لم يقطع الحشفة، غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية.

فإن قيل: قطع الحشفة أفضى إلى التلف، فقطع الجلدة بدليل مشروعية قطع الجلدة، فلا يستوي بينهما كما في قطع الطرف مع حز الرقبة

قلنا: عنه جوابان: أحدهما: نمنع أن قطع الحشفة أفضى، والتفاوت في المشروعية لتعلق المصلحة بقطع الجلدة دون الحشفة، ألا ترى أن حد الختنة أوفر منها ليس بمشروع، وقطعها مشروع، وإن كان قطعها أفضى إلى التلف. الثاني: أنهما جنس واحد يقضي أن كل واحد منهما ليس إلا قطعًا، والتفاوت بين مثل هذين غير معتبر؛ لأنه لا يمكن ضبطه، بخلاف الجزء مع قطع الطرف؛ لأن الجزء إتلاف تام، وقطع الطرف محتمل، فاختلفا جنسًا، فلا يسوى بينهما، والتفاوت بين مثل هذا.

فإن قيل: لو قطع رجل يد غيره من الرسغ، ثم جاء آخر، وقطع من المرفق، ومات يجب القصاص أو الدية عندكم على الثاني، وعلى ما ذكرتم يجب أن يكون عليهما.

قلنا: الفعلان وإن تماثلا فيما ذكرنا، فإنما يسوى بينهما إذا لم يفوت الثاني محل الأول، أو قطع أحدهما بعد برء الآخر وجرحه أو بعد الآخر، أما إذا فوت الثاني محل الأول، كما قد[2] ذكرتم من الصورة، فلا: لأن الأول يفوت بفوات محله، فصار كقطعه بعد البرء بل أولى؛ لأن البرء يحتمل الانتقاض، وفوات المحل لا، وإذا عدت الفعل الأول بالثاني لم يبق للأول عبرة كما لو برئ الأول، فأضيف التلف إلى الثاني، فوجب ضمانه إلى فاعل الفعل الثاني، بخلاف ما إذا لم يفت الأول بالثاني، وهنا قطع الجلدة وقطع الحشفة لا يفوت محل أحدهما بالثاني، فيبقى الأول مع الثاني، فأمكن اعتبارهما بتأثير كل واحد منهما، وكذا كل جزء منهما لا يفوت محل أحدهما بالآخر، فوجب إيجابهما جميعًا.

(١) هكذا في م و ب و ظ، وكذا في الأصل: لسطه
(٢) هكذا في الأصل، وكان في م ص كما سبق ذكره

١٩٥٧٧ - وفي "المنتقى": رجل جرح، فقال: فلان قتلني، ثم مات، فأقام وارثه بينة على رجل آخر أنه قتله لا تقبل بينته؛ لأن هذا حق أبيه، وقد أكذبه بقوله: فلان قتلني، وذكر بعد هذه المسألة بمسألتين عن أبي يوسف رجل جرح، فقال: فلان جرحني، فأقام ابن له بينة على ابن له آخر أنه جرحه خطأ، فإني أقبل البينة على الابن؛ لأنا نحرمه عن الميراث بذلك، فلما أخرناه ذلك في الميراث، جعلنا الدية على عاقلته.

١٩٥٧٨ - قال هشام: سمعت محمدا يقول: في رجل أدخل نائماً أو مغمى عليه في بيته، فسقط البيت عليه، قال: لا يضمن إلا في المعتوه والصبي.

١٩٥٧٩ - وفي "المنتقى": رجل فقأ عيني عبد، وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ، وكانت الجناية منهما معاً، فعليهما قيمته أثلاثاً، ويأخذان العبد، فيكون بينهما على قدر ذلك، وكذلك كل جراحة كانت من اثنين معاً، جراحة هذا في عضو، وجراحة الآخر في عضو ليستغرق ذلك القيمة كلها، فإنه يدفعه إليهما، ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما، ويكون بينهما على ذلك وإن مات منهما، والجراحة خطأ، فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح وما بقي، فعليهما نصفان.

وإن علم أن أحد الجراحتين قبل الأخرى، وقد مات منهما، فعلى الجارح الأول أرش جراحته من قيمته صحيحاً، وعلى الجارح الثاني أرش جراحته من قيمته مجروح الجراحة الأولى، وما بقي من قيمته، فعليهما نصفان، فإن برئ منهما، والجراحة الأخيرة تستغرق بالقيمة والجراحة الأولى لا تستغرق. فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثاني قيمة مجروح جرح الأول، ويدفعه العبد إليه، ولو كانت الجراحة الأولى هي التي تستغرق القيمة، فعلى الجارح الثاني أرش جراحته؛ لأنه لا يدفع إليه، وقد حدث فيه ما حدث.

١٩٥٨٠ - إذا جرح رجل رجلاً جراحة، يعلم أنه لا يعيش أكثر مما يعيش منها، إلا أنه يعلم أنه يعيش أكثر مما يعيش المذبوح بعد الذبح، فجاء آخر وجز رقبته ذكر القاضي الإمام علي السغدي في "شرح السير الكبير": أن القصاص على الثاني، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في "شرح السير": أن فيه اختلاف المشايخ: بعضهم قالوا: يجب القصاص على الجاني وهكذا ذكر في بعض روايات "النوادر"، وبعضهم قالوا:

لا قصاص على واحد منهما، ويجب الدية على الثاني، وهذا لأن فعل الأول قتل، ألا ترى أنه تزهق به الروح، وبإقدام الثاني فيصير شبهة في إضافة القتل إلى الجرح، والقصاص لا يجب مع الشبهات، أما المال يجب مع الشبهات. فأوجبنا الدية على الثاني، ولم يوجب القصاص على واحد منهما لهذا.

١٩٥٨١ - من أمسك رجلا حتى جاء آخر، وقتله عمدا أو خطأ، فلا شيء على الممسك عندنا، وعلى القاتل القصاص في العمد والدية في الخطأ، وهي مسألة كتاب الديات، وعلى هذا من أمسك رجلا حتى جاء آخر، وأخذ دراهمه، فضمان الدراهم على الآخذ عندنا لا على الممسك.

١٩٥٨٢ - وفي "الجامع الصغير": رجل دفع امرأة بكرا أجنبية[١] فسقطت، فذهبت عذرتها، فعليه مهر المثل في ماله عندي، قال: ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة، ولو دفع امرأته، ولم يدخل بها، فذهبت عذرتها، ثم طلقها، فعليه نصف المهر، وهذا قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وعند محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: عليه جميع المهر.

ويحكى عن الشيخ الإمام الزاهد أبي حفص والفقيه أبي نصر الدبوسي: أن من دفع امرأة غيره، فذهبت عذرتها، قال محمد: عليه صداق مثلها. وفي غصب "العيون": جارية دفعت جارية أخرى، فذهبت عذرتها، قال محمد: عليه صداق مثلها، قال: بلغنا عن عمر رضي الله عنه في جاريتين تدافعتا في حمام، فذهبت عذرة إحداهما، فضمن الأخرى صداق مثلها، والمسألة صارت واقعة الفتوى ببخارى وسمرقند.

١٩٥٨٣ - ابن سماعة عن محمد: حر معه سيف وعبد معه عصا، فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله وماتا، ولا ندري أيهما بدأ بالضرب، فليس على ورثة الحر ولا على مولى العبد شيء، من قبل أن الحر إذا كان بدأ، فقد وجب عليه القصاص، وقد قتله العبد، وقد كان على مولى العبد دفعه، ليقتله ولي الحر، وقد قتله الحر، وإن كان العبد هو الذي بدأ بالضرب، فقد قتله الحر، فلا شيء على ورثة الحر؛ لأن الجاني على أبيهم قد قتل، ولا شيء على ورثة الحر من جناية أبيهم على العبد؛ لأن

(١) وفي ط: أجنبي.

أيهم قد قتله ؛ وكان عليه القصاص ، فذلك هدر .

وإن كان السيف بيد العبد والعصا بيد الحر ، فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد ، ولا شيء لورثة الحر على مولى العبد من قبل أن العبد إن كان هو الذي بدأ ، فقد وجب القصاص وقد قتله الحر ، فلا شيء على الحر ، ولا شيء لمولى العبد في هذا الوجه ، وإن كان الحر هو البادئ ، فقد وجب قيمة العبد على عاقلة الحر ، فلما ضرب العبد بعد ذلك بالسيف ، فقد قتله ، ووجب على العبد القصاص ، فلما مات العبد من ضرب الحر بطل حق ورثة الحر ، فعلى عاقلة[1] الحر قيمة العبد في حال ، ولا شيء في حال ، فكان عليهم نصف قيمة العبد .

وإن كان بيد كل واحد منهما عصا ، وضرب كل واحد منهما صاحبه ، وشجه موضحة ، ثم ماتا ، ولا يدري من الذي بدأ بالضرب ، فعلى عاقلة الحر قيمة العبد صحيحاً لمولاه ، ثم يقال لمولاه : ادفع من ذلك قيمة الشجة إلى ولي الحر ؛ لأن وجوب ذلك المقدار لهم بيقين ، وله أيضاً : نصف عشر قيمة العبد صحيحاً ، وليس له إن كان الحر هو الذي البادئ ، فله نصف ذلك ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون له شيء منه ؛ حتى يعلم أنه له .

١٩٥٨٤ - بشر بن الوليد عن أبي يوسف : في رجلين ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف ، وهذا معه عصا فماتا ، ولا يدري أيهما بدأ قال : على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على عاقلته ، وليس على صاحب العصا شيء ؛ لأنه كان به القود ، وقد بطل ذلك حين مات الآخر .

١٩٥٨٥ - وإذا جرح الرجل عمداً بالسيف ، فأشهد المجروح على نفسه أن فلاناً لم يجرحه ، ثم مات المجروح من ذلك ، فهذا على وجهين : إما أن يكون جراحة فلان معروفة عند الناس والقاضي ، أو لم يكن ، فإن كانت معروفة عند القاضي والناس ، فهذا الإشهاد منه لا يصح ؛ لأن الإشهاد منه حصل على ما هو كذب بيقين ، فإن إقراره أن فلاناً لم يجرحه ، وفلاناً قد جرحه كذب بيقين ، والكذب مما لا يتعلق به حكم ، فصار وجوده والمعدوم بمنزلة .

(١) هكذا في الأصل وهـ ، وكان في ف وم : فعلى ورثة الحر

فإن قيل : يجب أن يكون جحود الجراحة كناية عن الإبراء ، حتى لا يلغو كما يجعل جحود المتبايعين للبيع كناية عن الفسخ كيلا يلغو.

قلنا : جحود السبب إنما يجعل كناية عن الفسخ في موضع ، كان السبب قابلا للفسخ ، فإن جحود العقد في الماضي والمستقبل جميعا ، والفسخ ينفي العقد في المستقبل إن كان لا ينفيه في الماضي ، ففي مثل هذا الموضع جحود السبب يجعل كناية عن الفسخ ، وذلك نظير البيع وسائر العقود القابلة للفسخ ، فأما إذا لم يكن السبب قابلا للفسخ ، فإن جحوده[1] لا يجعل كناية عن الفسخ عن إسقاطه كجاحد الزوجين في باب النكاح لما تعذر أن يجعل كناية عن الفسخ ؛ لأنه يقبل الفسخ بتراضيهما ، لم يجعل كناية عن الطلاق الذي هو إسقاط النكاح . قلنا : والجراحة بعد وقوعها لا تقبل الفسخ كالنكاح ، فلا يجعل كناية عن استيفائها ؛ لأن نفي الجراحة انتفاء لها ، ولا يجعل كناية عن الإبراء الذي يسقط الدين ؛ لأن نفي الجراحة أو تحقق لا يكون سببا لسقوط الواجب بالجراحة ؛ لأن ما يجب بالجراحة لا يجب من غير الجراحة.

وإن لم يكن جراحة فلان معروفة عند القاضي ، وعند الناس كان إقراره أن فلانا لم يجرحه محتملا للصدق ، فيجعله صدقا ، وكان المقذوف إذا أقر أن فلانا لم يقذفه ، ولم يكن قذف فلان معلوما عند القاضي ، يجعل إقراره صدقا ، كذا هنا.

١٩٥٨٦ - قال محمد في « الأصل » : رجل ضرب رجلا مائة سوط ، برئ من تسعين ، ومات من عشرة ، فعليه الدية لا غير ، يريد به إذا جرحه الأسواط ، وهذا لأنه ما برئ من التسعين صارت تلك الأسواط ملحقة بالعدم ، فصار كأنه لم يضربه إلا عشرة الأسواط ، وهناك يجب الدية لا غير ، كذا هنا ، وهذا جواب أبي حنيفة في كل جراحة اندملت ، وعن أبي يوسف : أنه يجب في هذا حكومة العدل ، وعن محمد : أنه يجب ثمن الأدوية وأجرة الطبيب.

قال الفقيه أبو الليث : ما ذكر من الجواب في الكتاب : أنه يجب الدية لا غير جواب ما إذا برئ من التسعين ، ولم يبق لها أثر ، أما إذا بقي لها أثر : ينبغي أن يجب أرش الضرب ، وذلك حكومة عدل بالأسواط التي برئ منها ، وتجب الدية كاملة على

(١) زيد من ف وم وظ

بالعشرة الأسباب عنه وقد ذكرنا في صدر الكتاب فيما إذا لم يبق للجراحة أثر خلافا بين أبي يوسف ومحمد، وإن لم يجرحه الصادم فلا شيء سوى الدية.

١٩٥٨٧ - ومن فتاوى أبي الليث: رجل دخل على رجل، فأذن له في الجلوس على وسادة، فجلس عليها، فإذا تحتها قارورة وفيها دهن لا يعلم، فانشقت، وذهب الدهن، يضمن الجالس الدهن، وما تخرق من الوسادة ويفسد؛ لأن ذلك من صنيعه، ولو كانت القارورة تحت ملاءة وقد غطاها، وأذن له بالجلوس عليها، فلا ضمان على الجالس، وإن كان أذن له بالجلوس على سطح، فانخسف به، فوقع على عاتق الآذن، ضمن.

قال الفقيه أبو الليث: قال بعض مشايخنا: لا ضمان على الجالس في الوسادة كما في الملاءة، قال: وهو أقرب إلى القياس، وبه نأخذ؛ لأن الوسادة لا تمسك الجالس كالملاءة بخلاف السطح.

وفي إجارة الفضلي: إذا دعى الرجل قوما إلى منزله، فمشوا على بساط، أو جلسوا على وسادة، فتخرق لم يضمنوا، ولو كان متقلدا سيفا، فخرق السيف الوسادة لم يضمن.

١٩٥٨٨ - في الجامع الصغير عن محمد: فيمن اجتمع عليه الصبيان والمجانين يريدون قتله، ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل، قال: ليس له أن يقتلهم، قال عمرو بن مشكان: قلت لمحمد: إن القاضي أبا مطيع يقول: له أن يأتي على أنفسهم ويدفع عن نفسه، قال عمرو: فرأني محمد في الطواف، فقال: يا خراساني! القول ما قال صاحبكم، فيما حكي عنه محمد بن سلمة، وعن أبي نصر بن سلام قال: سأل المثنى بن منصور محمدا عن المجنون أو الصغير إذا قصد قتل رجل فقتله، قال: إنه ضامن، قال المثنى: قلت لمحمد: إن صاحبنا يقول: لا ضمان، يعني به أبا مطيع، قال المثنى: كنت في الطواف إذا أنا بإنسان يغمزني فالتفت، فإذا محمد بن الحسن قال: يا خراساني! القول ما قال صاحبكم، قال الشيخ: وبه يفتى؛ لأنه لا حيلة له غيره.

وكان نصير يفتي بالضمان في الصبي والمجنون والبهيمة إذا قتله الرجل دافعا،

وكان الفقيه أبو بكر يفتي بعدم الضمان؛ لأنه لا حيلة له غيره[1]، قال الفقيه أبو الليث: هذا القول خلاف ما قاله في الروايات الظاهرة.

١٩٥٨٩ - وفي الفتاوى: جاء رجل من خلف سائر، فصدمه الجاني، فعطب الجاني، فلا ضمان على السائر، ولو عطب السائر، فضمانه على من خلفه.

١٩٥٩٠ - وفي الجامع الأصغر: قال أبو نصر الدبوسي فيمن قطع يد عبده، أو قتله: إن عليه التعزير.

١٩٥٩١ - وفي العتابي عن خلف قال: سألت أسد بن عمرو عمن ضرب آخر بيده أو برجله، فمات منه، قال: هذا شبه العمد. وقال الحسن: كذلك إذا تابع في الضرب حتى مات، فأما إذا ضربه بأجرة لا يخاف من مثلها الموت مع هذا مات، فهو خطأ. قال أبو الليث الكبير: قول أسد أحب إلي.

١٩٥٩٢ - وفي المنتقى: عن محمد قال: في رجل قصد أن يضرب آخر بالسيف، فأخذ المضروب السيف بيده، فجذب صاحب السيف السيف من يده، فقطع السيف أصابع الآخر قال: إن كان من غير المفاصل[2]، فعلى الجاذب الدية، وإن كان من المفاصل، فعليه القصاص.

١٩٥٩٣ - وفي المنتقى: رجل قتل عمداً، وله ابنان وامرأة، فعفت المرأة عن الدم، ثم إن أحد الابنين قتل القاتل، وهو يعلم بالعفو، فعليه الدية في ماله في ثلاث سنين، ويرفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الأب.

١٩٥٩٤ - روى الحسن بن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: رجل قتل عبده رجل عمداً، فقال له السيد: أبرأتك عن عمدي لا يكون مبرئاً له عن قيمته وعليه القيمة؛ لأن العبد ليس عليه عبد قتل مولاه عمداً، فلا رواية لهذه المسألة في الكتب الظاهرة.

قال الفقيه أبو جعفر: وينبغي أن يقتل إخوين لأب وأم قتل أحدهما أباه عمداً، وقتل الآخر الأم عمداً، فللأول أن يقتل الثاني بالأم، وسقط القصاص عن الآخر؛ لأن

---

(١) زيد من بقية النسخ.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في ف: من المفاصل.

الأول لما قتل الأب صار القصاص موروثاً بين الابن الآخر وبين المرأة ، للأم من ذلك الثمن ، فإذا قتل الآخر الأم صار الثمن الذي ورثته الأم من الأب ميراثاً للأول ، فيسقط ضرورة .

١٩٥٩٥ - وإذا جنى على عبد إنسان ، ثم دبره مولاه لا تهدر السراية ، بل تكون السراية مضمونة على الجاني ؛ لأنها تجب لمن وجد ابتداء الجناية على ملكه وهو المولى ، وكان المستحق لأصل الجناية والسراية واحد ، فأما بعد العتق والكتابة لا يمكن ضمان إيجاب السراية ؛ لأنها لو وجبت إما أن تجب للمكاتب والمعتق ، أو للمولى ، لا وجه إلى الأول ؛ لأن ابتداء الجناية لم يكن على حقهم ، والسراية تبع للبداية ، ولا وجه إلى الثاني ؛ لأن السراية حصلت ، والمجنى عليه زائل عن ملك المولى حقيقة بالإعتاق ، وحكماً بالكتابة ، ولهذا لو وجد ابتداء الجناية في هذه الحالة كان موجبها للمعتق[1] والمكاتب ، وإذا تعذر إيجاب موجب السراية ، هدرت بطريق الضرورة .

١٩٥٩٦ - وإذا جنى على مكاتب إنسان ، ثم أدى المكاتب ، فعتق ، ثم مات المكاتب من تلك الجناية ، كان على الجاني قيمة المكاتب لا الدية ، وإن مات حراً ؛ لأن أصل الجناية أوجب القيمة لمصادفتها الرقيق ، والسراية تبع للجناية ؛ لأنه من آثارها ، فلا يختلف موجب الأصل باعتبار التبع .

١٩٥٩٧ - جناية الإنسان على مكاتب نفسه تجب في مال الجاني ، ولا تجب على عاقلته ، صارت نفساً ، واقتصرت على ما دون النفس ، والجناية على مكاتب الغير متى صارت نفساً تجب في مال الجاني كما في القن .

إعتاق المكاتب مما لا يقطع سراية الجناية الحاصلة في حال الكتابة ؛ إعتاق العبد المدبر وكتابتهما تقطع

قال في المنتقى : رجل شهد له رجلان على رجل أنه قتل ابن هذا فلان ، وشهد آخر أن لهذا الرجل على هذا الرجل أيضاً : أنه قتل ابن هذا فلان سميا ابناً آخر له غير الذي سمياه للأول ، فزكي الفريق الأول ، ولم يزك الفريق الثاني ، فدفع المشهود عليه إلى المشهود له ليقتله ، فقال المشهود له : أنا أقتلك بابني الذي لم يزك الشهود على

(١) وفي م : للعتق .

بقتلها. وقال أبو المقتول: لا، بل صالحتني عليه من الدم، فإنه يرد الأمة ويغرم قيمته، والولد عبده، ولا سبيل لأبي المقتول على الجارية؛ لأنه يقر بسقوط القصاص حين ادعى الصلح عليها. ولا يصدق في الصلح لإنكار المولى ذلك.

١٩٦٠٢ - قال هشام في نوادره: قال محمد رحمه الله في جاريتين بين رجلين جاءت بولد، فجنى الولد جناية، ثم ادعاه أحدهما، قال: تلزمه الدية كلها في ماله

١٩٦٠٣ - وفي المنتقى: رجل قال: قتلت فلانًا، ولم يسم عمدًا، ولا خطأ، قال: أستحسن أن أجعل ديته في ماله

١٩٦٠٤ - وفي نوادر هشام قال: سألت محمدًا عن قوم حاصروا حصنًا للعدو، ونصبوا عليه بالمنجنيق، ورمى بعضهم بالمنجنيق، فأصاب الحجر حائط الحصن، ثم عاد إلى المسلمين، فقتل مسلمًا، والرامي به وارثه قال: لا يرثه، وعليه الكفارة والدية على العاقلة، وإن وقع الحجر في الحصن وقتل ابن الرامي أو كان أبوه في صف المشركين وهو مسلم جاء زائرًا به، فأصابه الحجر فقتله، قال: هو يرثه؛ لأنه قد أبيح له من قتل في الحصن، وفي صف المشركين أن يقتله إلا أنه لا يتعمد أباه، ولا كفارة عليه

١٩٦٠٥ - قال في جنايات الجامع الصغير: رجل شهر على المسلمين سيفًا قال: حق على المسلمين أن يقتلوه، ولا شيء عليهم؛ لأنه صار في معنى الحربي، والجواب في الحربي كذلك.

١٩٦٠٦ - وفيه: رجل شهر على رجل سلاحًا، فضربه فقتله آخر بعد ذلك، فعلى القاتل القصاص يريد به أن الشاهر ضرب المشهور عليه، فلم يمت المشهور عليه، وترك الشاهر الضرب، وانصرف، فجاء رجل، وقتل الشاهر بعدما انصرف، فعلى القاتل القصاص؛ لأنه لما ترك الضرب وانصرف، فقد عاد عصمته، فإذا قتله غيره، فقد قتل شخصًا معصومًا، فيجب عليه القصاص، وقد مر كثير من هذه المسائل في آخر كتاب السرقة.

١٩٦٠٧ - وإذا طعن الرجل برمح في بطن أو غيره، فصار لا يستمسك الطعام في جوفه، بل يلقيه، ففيه الدية، وإذا ضرب إنسانًا على عجزه، فسلس بوله، وصار لا

يستمسك، ففيه الدية، وإذا قطع فرج المرأة، فصارت لا تستطيع أن تجامع، ففيه الدية،
وإذا ضربت امرأة، فصارت مستحاضة، تنتظر حولا، فإن برئت وإلا يقضى بالدية،
وفي مسألة سلس البول يجب أن ينتظر حولا أيضا بخلاف مسألة نقص في البطش - والله
أعلم بالصواب - .

فهرس المحتويات